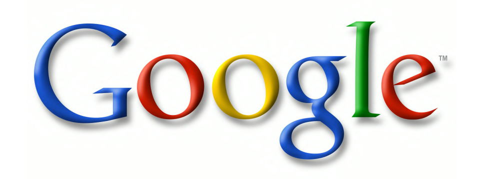
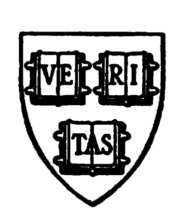





VE
RI
TAS

BELGIŪM



COURS

DE

DROIT CIVIL

FRANÇAIS

COMPRENANT

L'EXPLICATION DES LOIS

QUI ONT MODIFIÉ LE CODE CIVIL EN BELGIQUE ET EN FRANCE,

PAR

E. R. N. ARNTZ,

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES,
ASSOCIÉ DE L'ACADÉMIE ROYALE DES SCIENCES, DES LETTRES ET DES BEAUX-ARTS DE BELGIQUE.

DEUXIEME EDITION

TOME QUATRIÈME.

BRUXELLES
BRUYLANT-CHRISTOPHE & COMP.,
RUE BLAES, 33.

PARIS
A. MARESCQ, AINÉ, ÉDITEUR,
RUE SOUFFLOT, 20.

1880

For TX
A

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE III.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

INTRODUCTION.

1. L'obligation est un lien de droit (*juris vinculum*), qui astreint une ou plusieurs personnes (*débiteurs*) à faire une prestation à une ou plusieurs autres personnes (*créanciers*). Cette prestation peut consister à *donner*, à *faire* ou à *ne pas faire* une chose.

2. Tout homme doit s'abstenir de porter atteinte au droit d'autrui. Mais ce devoir général est purement négatif; il incombe à tout homme envers son semblable, et il ne suppose aucun rapport particulier entre deux hommes; il ne constitue pas une *obligation*, dans le sens technique du mot. Le rapport spécial qui constitue une obligation en ce dernier sens entre deux hommes ne peut naître que d'une source ou *cause spéciale*.

Les causes qui peuvent faire naître une obligation sont :

1° Ou une libre disposition des volontés de deux personnes, une *convention* ou un *contrat* (code civ., art. 1101-1369);

2° Ou un fait unilatéral d'une personne qui a violé le droit d'autrui et lui a porté dommage, — un *délit* ou un *quasi-délit* (code civ., art. 1382-1386);

3° Ou bien certains rapports de faits qui ne renferment ni une convention, ni un fait illicite, mais dont la loi fait résulter une obligation afin d'éviter que quelqu'un ne s'enrichisse injustement aux dépens d'autrui (art. 1370); par exemple, le tiers a une action contre les associés lorsque l'un d'eux a contracté avec lui sans pouvoir, et que la chose a tourné au profit de la société (code civ., art. 1864); lorsque des marchandises ont été jetées dans la mer, pendant une tempête, pour sauver le navire, les propriétaires des effets sauvés doivent contribuer au jet (*Lex Rhodia de jactu;* code de commerce, art. 410-429). La loi voit, dans quelques-uns de ces rapports, une analogie avec des contrats et les appelle *quasi-contrats* (code civ., art. 1371-1381); dans d'autres, une analogie avec des délits et les appelle *quasi-délits* (code civ., art. 1382-1386).

3. Le code civil confond souvent la *convention* ou le *contrat* avec l'*obligation*, la cause avec l'effet. Ainsi, l'intitulé du titre III porte : *Des contrats ou des obligations conventionnelles*. C'est à cause de cette confusion que la classification des différentes dispositions sur cette matière manque quelquefois de méthode.

Toutefois nous suivrons, dans la division de la matière, autant que possible, l'ordre du code. Il sera traité :

I. Des causes qui font naître les obligations, et particulièrement des conventions (chap. I et II, et chap. III, sect. V).

II. Des effets généraux des obligations (chap. III).

III. Des diverses espèces d'obligations (chap. IV).

IV. De l'extinction des obligations (chap. V).

V. De la preuve des obligations (chap. VI).

VI. Des engagements qui se forment sans convention (titre IV).

4. La principale source du troisième et du quatrième titre est le droit romain; pour quelques matières, le droit canon et les ordonnances. Mais les auteurs du code n'ont pas puisé directement aux sources elles-mêmes; ils ont pris pour guide le *Traité des obligations* de Pothier, qui peut servir de commentaire dans cette matière.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES.

INTRODUCTION HISTORIQUE. — DÉFINITION DE LA CONVENTION ET DIVERSES ESPÈCES.

5. La convention ou le contrat est le concours des volontés de deux ou plusieurs personnes, ayant pour objet d'établir ou de changer des rapports juridiques entre elles : *negotii contrahendi causa*, dit Ulpien (art. 1101; fr. 1, §§ 2, 3, *de Pactis*, 2, 14). Les termes *convention* et *contrat* sont synonymes; l'intitulé du chapitre II du présent titre et la rédaction des articles 1108, 1110. 1113, etc., du code civil le prouvent. Toutefois, quelques auteurs donnent au mot *convention* un sens plus général, celui de concours de deux volontés sur n'importe quel objet, tandis qu'ils appellent *contrat* l'espèce de convention qui a pour objet de former un engagement civilement valable (*juris vinculum*), par lequel les parties voulaient s'*obliger*, c'est-à-dire se soumettre à l'exécution par jugement et par la force publique. Pothier et les anciens jurisconsultes français n'appellent pas même *contrat* une convention ayant pour objet d'*éteindre* des obligations ou d'autres droits. (Pothier, *Traité des obligations*, n° 3.)

Si l'on veut adopter cette terminologie, que le code n'admet pas, la convention ne présente un intérêt juridique que lorsqu'elle est un *contrat* dans le sens que nous venons de définir.

6. Le droit romain distinguait entre *simples pactes* (*pacta, pactiones*) et *contrats* (*contractus*). Toute convention librement consentie (*pactum*) faisait naître entre les parties une obligation naturelle; pour que cette convention produisît un lien civil (*obligatio*), il fallait, de plus, qu'elle eût une *cause civile* (*causa civilis*), et qu'elle fût garantie par une action. Les causes civiles étaient déterminées par la loi. Voilà pourquoi les Romains définissaient l'obligation : « *Juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura.* » (Pr. J. *de Obligationibus*, 3, 13.)

7. Contrairement au droit romain, le droit germanique admet-

tait toujours le principe *que les conventions sont obligatoires par le seul effet du consentement des parties*, et que, en conséquence, toute convention produit une action. Ce principe, qui, dans les premiers temps de l'histoire du droit français, n'avait pas même été formulé, fut plus tard, quand le droit romain eut fait connaître la règle contraire, exprimé par l'adage : *Convenances vainquent loi*, que le code civil a reproduit dans l'article 1134, en ces termes : *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*. Selon quelques jurisconsultes, le sens de cet adage est seulement que la volonté des parties peut déroger aux dispositions de la loi lorsqu'elles ne sont ni impératives ni prohibitives. Mais d'anciennes autorités attestent la signification ci-dessus indiquée. Beaumanoir, dans les coutumes de Beauvoisis (de 1283), chap. XXXIV, 2, dit : « *Toutes convenences sont à tenir, et por ce dit-on convenence loi vaint.* » Les assises de Jérusalem énoncent la même idée à deux endroits : Basse Court, chap. 123 : « *Sachés que tous convenans que les houmes font entre iaus deivent être tenus, por ce que les convenans ne soient contre lei ne contre bonnes coustumes, car convenant venque lei;* » et Haute Court, chap. 123 : « *Les convenanz fais et provés si comme ils deivent, deivent estre tenus et maintenus, car on dit : Covenant vainc lei.* » Et le même sens est exprimé par le vieil adage : « *On lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles; et autant vaut une simple promesse ou convenance, que les stipulations du droit romain.* » C'est la traduction de l'ancien distique rapporté par la glose et les commentateurs du droit romain :

Verba ligant homines, taurorum cornua funes,
Cornu bos capitur, voce ligatur homo;

d'où l'on a fait ce vieux proverbe français :

« Comme les bœufs que par la corne on lie,
« Aussi les gens par leurs mots font folie. »

(Voy. Loysel, *Institutes coutumières*, n° 357, et la note.)

Ainsi, en droit français, il n'y a pas de distinction entre contrats et simples pactes, et les conventions sont obligatoires par le seul effet du consentement des parties contractantes. En droit romain, le pacte ou la simple convention ne lie pas, s'il n'est pas

confirmé par la loi; en droit français, il lie, s'il n'est pas *défendu* par la loi.

En général, la force obligatoire d'une convention ne dépend pas de la forme extrinsèque dont elle est revêtue, sauf quelques exceptions, par exemple, le contrat de mariage (art. 1394).

8. Il y a diverses espèces de contrats :

1° Les contrats peuvent être *synallagmatiques* ou *bilatéraux*, ou simplement *unilatéraux*.

Le contrat est *synallagmatique* ou *bilatéral* lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns avec les autres en même temps, de manière à avoir chacun contre l'autre une action (*actio directa*) (art. 1102). Il est *unilatéral* lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que, de la part de ces dernières, il y aît d'engagement (art. 1103).

Les auteurs divisent les contrats synallagmatiques en contrats synallagmatiques *parfaits* et contrats synallagmatiques *imparfaits*. Par ces derniers, ils entendent les conventions par lesquelles l'*une* des parties seulement est primitivement et principalement obligée, mais dans lesquelles l'*autre*, le créancier, peut devenir *accidentellement* ou *éventuellement* obligée ; par exemple, si le dépositaire ou l'emprunteur, seul obligé par suite du contrat unilatéral de dépôt ou de prêt, avait fait des dépenses pour la conservation de la chose déposée ou empruntée, le déposant ou le prêteur serait obligé à les restituer (par l'*actio depositi* ou *commodati contraria*). Les contrats appelés imparfaitement *bilatéraux* sont essentiellement *unilatéraux ;* ainsi ils ne tombent pas sous l'application de l'article 1325 sur la forme de l'instrument de preuve. L'acte sous seing privé ne devrait pas être fait en double. De plus, chaque contractant peut opposer à l'autre l'*exceptio non adimpleti contractus*, si ce dernier demande l'exécution du contrat sans l'avoir exécuté lui-même ou sans offrir l'exécution (arg. art. 1184; Bruxelles, 5 mars 1874, P., 1874, 198). Ce sont là les principaux intérêts pratiques de la distinction.

2° Les contrats sont ou *commutatifs* ou *aléatoires*.

Un contrat est *commutatif* lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle. — Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de

perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est *aléatoire* (art. 1104). Cette distinction offre un intérêt pratique quand il y a lieu d'examiner si un contrat est entaché de lésion.

3° Les contrats sont à *titre onereux*, ou à *titre gratuit* ou de *bienfaisance*.

Le contrat de *bienfaisance* est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit (art. 1105). Le contrat *à titre onéreux* est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose (art. 1106). Il suit de cette définition que les contrats synallagmatiques sont tous à titre *onéreux*. Mais les contrats unilatéraux ne sont pas toujours à titre gratuit, par exemple une donation peut imposer une charge au donataire. Cette distinction offre de l'intérêt, surtout dans le cas où la loi limite la faculté de disposer à titre gratuit.

4° Les conventions sont *principales* ou *accessoires*, selon qu'elles ont une existence propre et indépendante, ou que leur existence est subordonnée à l'existence et à la validité d'une autre convention.

5° Les contrats sont *solennels* ou *non solennels*, selon que leur validité est ou non subordonnée à l'observation de certaines formes extrinsèques.

6° Les contrats sont *nommés* ou *innomés* (art. 1107). Les règles spéciales aux contrats nommés s'appliquent par analogie aux contrats innomés.

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS ESSENTIELLES POUR LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS.

9. Dans toute convention, on peut distinguer trois éléments : 1° les conditions *essentielles* pour sa validité (*essentialia negotii*); 2° les *naturalia*, c'est-à-dire, les conséquences qui découlent de la nature même de l'acte, et qui, pour ce motif, ont lieu de plein droit, sans convention spéciale des parties, et 3° les *accidentalia* ou les stipulations qui modifient ordinairement les conséquences

naturelles de l'acte, soit en y ajoutant, soit en en retranchant quelque chose.

Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : 1° le consentement des parties; 2° la capacité de contracter de la partie qui s'oblige; 3° un objet valable; 4° une cause licite (art. 1108).

SECTION PREMIÈRE.

DU CONSENTEMENT (art. 1109-1118).

I. DU CONSENTEMENT EN GÉNÉRAL.

10. Toute convention exige le libre consentement ou le concours des volontés sérieuses des parties contractantes, du débiteur et du créancier (arg. art. 146). Il faut donc une *promesse acceptée* (*promissio acceptata*). Une simple offre ou proposition non acceptée n'oblige à rien, pas plus qu'une simple promesse non acceptée (*pollicitatio*). La force obligatoire de la pollicitation, admise en droit romain lorsqu'elle avait été faite en faveur d'une commune pour un juste motif, et lorsqu'elle consistait à consacrer une chose à Dieu (*votum*), a été implicitement abolie en France par l'article 3 de l'ordonnance de 1731 sur les *Donations*, portant que l'on ne pourra plus, à l'avenir, disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre-vifs ou par testament, et par l'article 893 du code civil. (Voy. t. II, n° 1685.)

Il ne faut pas confondre l'*acceptation* d'une promesse avec un *engagement* que l'acceptant prendrait de son côté. Si l'acceptant fait aussi une *promesse*, il y a un contrat bilatéral. (Voy. *suprà*, n° 8, 1°.)

Nous disons que la volonté doit être *sérieuse*, c'est-à-dire, il faut que le promettant ait voulu contracter un engagement civilement obligatoire, et pas seulement un engagement *moral* dont l'exécution dépendra de son bon vouloir. (Orléans, 23 avril 1842, D., 1843, 2, 71.) Ainsi on s'est demandé si l'engagement d'un débiteur qui a fait un arrangement avec ses créanciers, et a promis de les

payer intégralement quand il viendra à meilleure fortune, est une obligation *valable*, dépendante d'une condition qui peut être prouvée. La jurisprudence, dans les derniers temps surtout, s'est prononcée avec raison, selon nous, en sens affirmatif. (Bruxelles, 23 mars 1853, P., 1855, 67; 29 février 1876, B. J., t. 36, 933; 26 mars et 11 juillet 1877, P., 1878, 55; 1877, 298; Aix, 11 juin 1872, D., 1873, 2, 177; Chambéry, 24 août 1872, D., 1874, 1, 359; cass. fr., 29 avril 1873, D., 1873, 1, 207. *Contrà*, Bordeaux, 14 juin 1869, D., 1874, 5, 357.)

Une offre faite par l'une des parties peut être retirée tant qu'elle n'a pas été acceptée par l'autre. (Bordeaux, 18 novembre 1872, D., 1873, 2, 106.) Elle peut être acceptée tant qu'elle n'a pas été rétractée.

L'acceptation ne peut plus être valablement faite lorsque l'auteur des offres a perdu, de fait ou de droit, la capacité de contracter, par exemple s'il est tombé en démence.

L'acceptation doit être conforme à l'offre. Aucune obligation n'est contractée si l'acceptation diffère de l'offre quant à l'objet, quant à la quantité ou à la qualité, quant au terme ou à la condition. Dans ces cas il n'y a pas concours des deux volontés. Toutefois, il faut admettre qu'il y a une obligation valable lorsque celui qui s'oblige a accepté des conditions plus onéreuses que celles qu'avait proposées celui envers lequel l'obligation est contractée. Par exemple, je veux vous vendre un objet pour 100 francs, vous consentez à l'acheter pour 120 francs; l'obligation est valable jusqu'à concurrence de 100 francs. (Fr. 52, D. *Locati*, 19, 2.) Il y avait doute sur la validité de l'obligation dans ce cas, parce qu'on était incertain sur l'*effet* qu'elle devait produire. L'acceptant était-il tenu à ce qu'il avait *promis* (dans l'exemple donné, à 120 francs), ou seulement à ce que l'offrant avait *demandé* (c'est-à-dire 100 francs)? La solution qui précède est rationnelle et conforme à la règle de l'article 1162.

11. Il n'est pas nécessaire que l'acceptation se fasse en même temps que l'offre; elle peut la suivre après un intervalle de temps. — La convention peut donc être formée entre absents; l'offre et l'acceptation peuvent se faire par lettres missives. L'offre faite par l'un peut être alors rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée par l'autre, à moins que le premier n'ait renoncé à la

faculté de la retirer avant une certaine époque. (Demolombe, t. XXIV, n° 65.)

12. Il y a controverse sur la question de savoir si le contrat est parfait par le seul effet du concours des deux volontés, même ignoré des deux parties ou de l'une d'elles, ou seulement lorsque l'acceptation est parvenue à la connaissance de l'auteur des offres. Le contrat n'est parfait que lorsque l'auteur des offres a connaissance de l'acceptation. Car une volonté qui n'est pas connue de l'autre partie est censée ne pas exister pour elle (arg. art. 932). (Troplong, *Vente*, n° 24; Bruxelles, 25 février 1867, D., 1867, 2, 193; Paris, 12 juin 1869, D., 1870, 2, 6; Chambéry, 8 juin 1877, D., 1878, 2, 113.) Zachariæ, § 343, note 2, se prononce en sens contraire.

13. En règle générale, aucune *forme* n'est requise pour la manifestation du consentement, ni de l'offre, ni de l'acceptation; il peut être exprimé par écrit, verbalement ou tacitement par un simple geste. Cette règle ne souffre exception que lorsque la loi prescrit une forme solennelle, par exemple, pour les actes portant donation, pour le contrat de mariage, pour la constitution d'une hypothèque (art. 931, 1394, 2127, et la loi belge du 16 décembre 1851, art. 2, 76); et, lorsque les parties sont convenues que la convention ne serait obligatoire qu'après avoir été rédigée par écrit (jugement du tribunal civil de Bruxelles, 15 déc. 1864, B. J., t. 23, 1018), à moins que, dans ce dernier cas, il ne soit évident que la rédaction par écrit n'a été stipulée que pour avoir un moyen de preuve. (Zachariæ, § 343, note 6; L. 17, C, *De fide instrumentorum*, 4, 21.)

II. DES VICES DU CONSENTEMENT.

14. Il n'y a pas de consentement possible de la part d'une personne physiquement incapable d'avoir ou d'exprimer une volonté; par exemple, par un enfant en bas âge, par un homme qui est totalement aliéné ou qui se trouve dans l'état d'ivresse complète. (Pothier, n° 49; Demolombe, *l. c.*, n° 76-81.) Mais alors même qu'il y a consentement, il ne suffit pas toujours pour donner naissance à une convention. Pour produire cet effet, il faut que le consentement soit exempt de *vices* (art. 1109). Les vices du consentement sont : 1° l'erreur; 2° la violence; 3° le dol.

A. *De l'erreur.*

15. On est dans l'erreur lorsqu'on on a une fausse idée d'une chose; on est dans l'*ignorance* lorsqu'on n'en sait rien. En droit, les effets de l'une et de l'autre sont les mêmes. Elles peuvent tomber sur un point de *fait* ou sur un point de *droit*. Le code ne distingue pas entre les effets de l'une ou de l'autre.

Rigoureusement parlant, l'erreur n'est pas un vice du consentement; elle exclut plutôt tout consentement, et partant toute convention. *Non videntur qui errant consentire.* (Fr. 116, § 2, D., *De regulis juris,* 50, 17.) Mais le code ne considère pas comme *inexistante* la convention qui est le résultat de l'erreur; il la déclare sujette à rescision ou à annulation (art. 1117, 1304).

La théorie du code, quoique contraire aux principes rigoureux sur le consentement, peut s'expliquer ainsi. Bien que, au moment du contrat, la volonté réelle de l'une des parties n'ait pas été, par suite d'une erreur, conforme à sa volonté exprimée, il n'est pas certain qu'elle n'eût pas fait la même convention, si elle n'eût pas été dans l'erreur. Après la découverte de l'erreur, elle peut donc volontairement accepter la position que la convention lui a faite, et ainsi rendre valable, par son consentement ultérieur, ce qui ne l'avait pas été au moment du contrat (arg. art. 146, 181). Si elle ne veut pas accepter cette position, elle, mais elle seule, peut demander la nullité de la convention.

Nonobstant la rédaction des articles 1117 et 1304, on peut encore soutenir aujourd'hui, comme en droit romain, que la convention est non-seulement *nulle* ou *annulable*, mais *inexistante* toutes les fois que l'erreur est *exclusive* de *tout* consentement. On peut appuyer ce soutenement sur l'article 146 et dire qu'il n'y a point de convention lorsqu'il n'y a point de consentement. Ainsi, il est difficile d'admettre une convention quelconque dans les trois cas cités sous n°s 1 et 2 du n° suivant (16).

Dans ces cas l'erreur n'est pas seulement un *vice*, mais un obstacle absolu à tout accord des deux volontés.

16. Mais *toute* erreur n'est pas exclusive du consentement; il est possible qu'une partie aurait contracté de la même manière si elle n'avait pas été dans l'erreur. Il importe donc de déterminer dans quels cas l'erreur est un vice du consentement. On

peut formuler la règle que l'erreur est une cause de nullité de la convention toutes les fois qu'elle tombe *sur la prestation* qu'une personne doit faire ou recevoir. (Maynz, *Cours de droit romain*, § 201.) En partant de cette règle, on peut établir les distinctions suivantes avec leurs conséquences.

L'erreur peut porter : 1° sur la *nature même du contrat* que l'on veut former; par exemple, l'un veut louer, l'autre acheter; la convention est nulle ou plutôt *inexistante;* 2° sur l'*individualité de la chose* qui fait l'objet du contrat (*in corpore rei*); par exemple, l'un a pensé à l'objet A, l'autre à l'objet B; la convention est encore inexistante, à moins que l'objet du contrat ne soit une chose entièrement fongible, par exemple, un exemplaire d'un livre de la même édition; 3° sur la *cause* du contrat (voy. *infrà*, n° 36); 4° sur les *motifs* ou le *mobile* qui a déterminé une partie à contracter; elle n'annule pas la convention (Cass. fr., 15 fév. 1870, D., 1871, 1, 174); 5° sur la *substance* ou la *qualité* de la chose, et 6° sur la *personne* du cocontractant. Le code ne statue expressément que sur ces deux derniers cas.

17. L'article 1110 dit que l'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle tombe sur la *substance* même de la chose qui en est l'objet. Par substance, il ne faut pas seulement entendre la *matière* dont la chose est faite, mais toutes les qualités essentielles, sans l'existence desquelles l'une ou l'autre partie n'aurait pas contracté et dont l'absence dénature la chose et l'altère au point qu'elle devient une autre chose. Ce terme a donc une signification très-variée, selon la nature des choses et l'intention des contractants. Ainsi, quelquefois la substance peut être la forme de la chose; par exemple, dans les objets d'art. Quelquefois la quantité de la chose peut faire partie de la substance ; par exemple, lorsqu'une certaine quantité était l'objet même du contrat et que, sans l'existence de cette quantité, l'une ou l'autre partie n'aurait pas contracté. L'erreur sur l'origine de la chose ou sur l'auteur auquel elle est attribuée peut être considérée comme une erreur sur la substance de la chose; par exemple, la vente d'un tableau peut être annulée lorsqu'il n'a pas pour auteur le maître désigné dans la convention. (Paris, 9 janvier 1849, D. 1849, 2, 67; Bruxelles, 24 novembre 1864, B. J., t. 23, 813; Paris, 18 juin 1875, D., 1876, 2, 62.)

Dans les autres cas, l'erreur sur la *quantité*, les *qualités* ou sur les *accessoires* de la chose n'est pas une cause de nullité de la convention; elle peut donner lieu à des dommages-intérêts. Il en est de même si l'erreur tombe sur la valeur de la chose. (Pau, 20 janvier 1875, D., 1876, 2, 238; Cass. fr., 1er mars 1876, D., 1877, 1, 155.)

18. L'erreur sur la *personne* n'est pas une cause de nullité lorsque cette erreur n'exclut pas le consentement au contrat; par exemple, lorsqu'on a acheté un fonds de A croyant l'acheter de B. Il y a erreur sur la personne avec laquelle l'acheteur avait intention de contracter, mais la convention n'est pas nulle. Son but principal était d'avoir le fonds; il l'a acquis. La personne du vendeur n'était pas un des éléments nécessaires pour le consentement. L'acheteur aurait également acheté s'il n'avait pas été en erreur.

Mais la convention est nulle toutes les fois que le consentement au contrat même est détruit par l'erreur sur la personne; par exemple, dans le mariage, dans les actes de libéralité, dans les contrats de confiance, comme le mandat.

Il est évident que l'erreur sur la personne est destructive du consentement toutes les fois que la considération de la personne est la cause *principale* du contrat. Mais cette rédaction est trop restrictive ; car, sans que la considération de la personne soit la *cause principale* du contrat, il peut arriver que la personne soit une considération déterminante pour faire ou ne pas faire un contrat avec elle. C'est pourquoi Pothier, nº 19, dit que l'erreur sur la personne peut être une cause de nullité lorsque la considération de la personne entre pour *quelque chose* dans le contrat.

B. *De la violence* (art. 1111-1115).

19. Le consentement n'est pas libre lorsqu'il a été extorqué par violence et dicté par la crainte (*vis et metus*). A la différence de l'erreur, la violence n'empêche pas le consentement d'*exister*, mais elle le vicie. Il y a eu un acte de volonté, mais la volonté n'était pas *libre* (*coactus volui*), et le consentement, qui en a été le résultat, n'est pas valable.

20. Pour que la violence soit une cause de nullité du contrat, il faut :

1° Qu'elle soit *injuste* ou *illégale*. Ainsi la contrainte par corps, la menace de la contrainte par corps, ou la menace d'une dénonciation pour cause d'un délit n'est pas une cause de nullité de la convention.

2° Qu'elle soit de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle puisse lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et *présent* (article 1112). La loi présume que le mal qui n'est pas *présent*, mais dont on est menacé vaguement dans un avenir plus ou moins éloigné, n'est pas de nature à faire impression sur une personne raisonnable. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes (art. 1112, alin. 2).

La seule crainte révérencielle envers le père, la mère ou autre ascendant, *sans qu'il y ait eu de violence exercée*, ne suffit point pour faire annuler le contrat (art. 1114).

3° Qu'elle ait été exercée sur la partie contractante, sur son époux ou sur son épouse, sur ses ascendants ou descendants, naturels ou légitimes (art. 1113). Cette disposition n'est pas restrictive. La violence ou la menace d'un mal présent employée contre d'autres personnes proches parentes, par exemple contre le frère, peut aussi être une cause de nullité. (Colmet de Santerre, t. V, n° 23 *bis*.)

Cette solution n'est pas contraire à l'article 1113. La violence *doit* être admise comme une cause de nullité de la convention lorsque la violence a été exercée contre une des personnes indiquées dans cet article ; sa rédaction impérative le prouve. La violence exercée contre d'autres personnes *peut* être admise comme cause de nullité ; le juge appréciera si cette violence a enlevé au contractant la liberté de sa volonté.

21. La violence est une cause de nullité encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite (art. 1111), et même à l'insu de ce dernier. Car, peu importe d'où vienne la violence, le consentement qui en a été le résultat est toujours vicié. — De plus, la violence peut avoir été exercée par des personnes inconnues à celui qui l'a subie, de sorte qu'il lui est impossible de les désigner. (Fr. 14, § 3, D., *Quod metus causa*, 4, 2.)

Mais la promesse d'une récompense faite, par quelqu'un qui se trouve dans un grand danger, à celui qui le sauverait, n'est pas nulle, parce que, dans ce cas, la violence n'a pas été exercée afin d'obtenir la promesse. Il n'y a pas un rapport de causalité directe entre la violence et l'obligation. (Fr. 9, § 1, D., *Quod metus causa*, 4, 2; Pothier, *Oblig.*, n° 24.)

C. *Du dol.*

22. Dol signifie tout artifice, toute machination, toute ruse employée pour induire ou entretenir une personne dans l'erreur afin de la déterminer à une convention nuisible à ses intérêts (dol positif). Il y a également dol lorsque l'un des contractants connaît l'erreur de l'autre, et qu'il en tire profit (dol négatif). (Cass. fr., 17 février 1874, D., 1874, 1, 193.)

23. La règle sur le dol diffère de celle sur la violence. Pour être une cause de nullité, il faut que le dol ait été pratiqué par *l'une des parties contractantes*, ou tout au moins qu'elle en soit complice. La partie qui avait connaissance des manœuvres employées par un tiers contre l'autre partie, et qui n'en a pas averti cette dernière, est censée complice du dol. Le dol pratiqué par le mandataire est censé avoir été pratiqué par le mandant lui-même.

Le dol employé par un tiers contre l'un des contractants donne lieu à une demande en dommages-intérêts contre celui qui en est l'auteur, mais non à une demande en nullité de la convention. La raison de la différence qui existe entre les effets de la violence exercée par un tiers et ceux du dol pratiqué par un tiers, c'est que celui qui se laisse circonvenir par des manœuvres d'autrui en connaît ordinairement l'auteur et peut agir contre lui.

24. Le dol ne donne lieu à la nullité de la convention que lorsqu'il a été la cause déterminante du contrat (*dolus causam dans*) et que, sans ces manœuvres, la partie trompée n'aurait pas contracté. Le dol simplement incident (*dolus incidens*), c'est-à-dire celui qui n'a pas été la cause de la convention, mais par lequel une personne disposée à contracter a été trompée sur quelques accessoires de la prestation et amenée à accepter des

conditions plus onéreuses, qu'elle n'aurait pas acceptées sans le dol, ne donne pas lieu à la nullité de la convention, mais seulement à une action en dommages-intérêts contre l'auteur du dol (art. 1116).

25. Le dol n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'il a produit une erreur. Quelque frauduleuses que puissent être les manœuvres employées par l'un des contractants, elles ne donnent pas lieu à l'action en nullité, si elles n'ont pas réussi à induire en erreur l'autre contractant. Dès lors, on peut se demander quelle différence il y a entre les effets de l'erreur simple et ceux de l'erreur provoquée par le dol de l'un des contractants. Voici cette différence. Même dans les cas où l'erreur *seule* ne serait pas une cause suffisante de nullité du contrat, elle peut l'être si elle a été le résultat du dol. Donc l'erreur qui est le résultat du dol peut être une cause de nullité : 1° lorsqu'elle porte seulement sur les *motifs* qui ont déterminé une personne à contracter : 2° lorsqu'elle ne tombe pas sur la *substance* même de la chose qui est l'objet du contrat ; 3° lorsqu'elle tombe sur la *personne*, quand bien même la considération de la personne ne serait pas la cause principale du contrat. (Voy. n°s 16-18.)

26. Le dol ne se présume pas, dit l'article 1116, alinéa 2; c'est-à-dire, on ne présume pas qu'il y a eu dol par cela seul qu'une partie a contracté une convention onéreuse ; elle est censée avoir librement consenti. L'existence du dol ne peut être admise que sur des preuves *positives ;* mais la preuve peut en être fournie par tous les moyens, témoins compris, quel que soit l'objet du contrat, et alors même qu'il n'y aurait pas de commencement de preuve par écrit (art. 1348). (Brux., 2 mars 1863, B. J., t. 21, 1171.)

D. *Règles communes à l'erreur, à la violence et au dol.*

27. La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle *de plein droit ;* elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre (article 1117). (Voy. *suprà*, n° 15.)

D'après la rigueur de la théorie, il faudrait dire que toutes les

fois qu'il y a *absence* de consentement, il y a *inexistence* de la convention. Mais la loi ne le dit pas. Lorsqu'il y a une *convention*, c'est-à-dire un acte qui porte en lui-même tous les signes apparents ou extérieurs de l'accord de deux volontés, elle produit ses effets légaux tant qu'elle n'a pas été attaquée par voie d'action ou par voie d'exception.

Si elle est attaquée, il faut distinguer. Lorsqu'il y a absence de tout consentement, donc juridiquement inexistence de la convention, elle peut être attaquée pendant la durée la plus longue des actions, c'est-à-dire pendant trente ans. C'est ce qui a lieu dans les trois premiers cas d'erreur indiqués au n° 16. S'il y a simplement consentement *vicié*, elle peut être attaquée par l'action en nullité ou en rescision, mais seulement pendant dix ans. (Voy. *infrà*, chap. V, sect. VII.)

28. Lorsqu'il y a lieu d'attaquer une convention en nullité du chef d'erreur, de violence ou de dol, on peut faire valoir cette nullité non-seulement contre la partie contractante, mais aussi contre le tiers acquéreur de la chose aliénée par cette convention, soit par voie d'action, soit par voie d'exception. (Duranton, t. VI, n° 180, Larombière sur l'art. 1116, n° 12.) Car, si la convention est nulle à l'égard du contractant, celui-ci n'a jamais eu aucun droit à la chose, et il n'a pu transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en avait lui-même (arg. art. 2125 et 74 de la loi hypothécaire belge. — Marcadé, sur l'article 1116, II, se prononce en sens contraire, en ce qui concerne le *dol* seulement.

Il est évident que lorsque le dol ou l'erreur ne donne lieu qu'à une action en dommages et intérêts (*suprà*, n°s 17 et 24), cette action ne peut pas être intentée contre le tiers détenteur de la chose, mais qu'elle peut être intentée seulement contre le cocontractant. Car, dans ce cas, le contrat n'ayant pas été annulé, ce dernier est devenu propriétaire de la chose, et il a pu valablement transférer la propriété à autrui, et toute autre base d'action contre le tiers manque.

29. Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, erreur ou dol, si depuis que la violence a cessé, ou depuis que l'erreur ou le dol ont été découverts, ce contrat a été ratifié ou approuvé, soit expressément, soit tacitement par l'exécution

volontaire ou par l'expiration du délai de la restitution fixé par la loi. La règle énoncée par l'article 1115 seulement à l'égard de la violence s'applique à tous les vices de consentement (art. 1117, 1304, 1338.)

E. *De la lésion* (art. 1118).

30. Il y a lésion lorsque, dans un contrat commutatif, ce qu'une partie a stipulé ne peut pas être considéré comme l'équivalent de ce qu'elle donne ou promet (art. 1104). La lésion peut être le résultat d'une convention arrêtée par un consentement vicié, comme elle peut être le résultat d'une convention consentie en toute liberté, mais elle n'est pas à proprement parler un vice de consentement. Toute convention librement consentie étant obligatoire, la circonstance qu'elle est beaucoup plus avantageuse à l'un qu'à l'autre n'est donc pas une cause de rescision. C'est aussi le principe du code. Seulement, pour des raisons particulières, la loi admet la lésion comme une cause de rescision dans certains contrats et à l'égard de certaines personnes déterminées ; mais elle n'est pas admissible dans les cas non prévus par la loi.

SECTION II.

DE LA CAPACITÉ DES PARTIES CONTRACTANTES (art. 1123-1125).

31. Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi (art. 1123). La capacité de contracter est donc la *règle*, l'incapacité l'*exception*. Le code ne s'occupe ici que de la capacité *juridique*, et non de la capacité *naturelle* ou *physique*. Ainsi, sont *naturellement* incapables de contracter les personnes qui ne peuvent pas avoir de volonté, par exemple les enfants en bas âge, les déments, quand même ils ne seraient pas interdits.

La loi déclare *juridiquement* incapables de contracter : 1° les mineurs ; 2° les interdits, et 3° les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi, c'est-à-dire lorsqu'elles ont contracté sans

l'autorisation de leur mari; 4° avec certaines modifications, les personnes placées dans un établissement d'aliénés (voy. t. I, nos 838-843); enfin 5° il y a des personnes à qui la loi interdit certains contrats, par exemple dans les cas des articles 450, 472, 1595-1597 (art. 1124).

Ces diverses incapacités ne sont pas fondées sur les mêmes *motifs;* elles n'ont pas la même *étendue* et ne produisent pas les mêmes *effets*. Les différences que la loi établit sous ces rapports seront exposées à l'occasion des matières qu'elles concernent.

Ici nous nous bornons à mentionner les deux règles suivantes :

1° Le mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements, que dans les cas prévus par la loi;

2° Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée avec qui elles ont contracté (art. 1125), parce que les personnes déclarées incapables sont incapables seulement de se *lier elles-mêmes*, mais non de *lier les autres*. Il en serait autrement, s'il y avait *absence absolue.* de tout consentement; alors il n'y aurait pas de contrat. (Aix, 17 novembre 1870, D., 1872, 5, 28; Lyon, 9 mai 1872, D., 1875, 2, 19.)

SECTION III.

DE L'OBJET ET DE LA MATIÈRE DES CONTRATS (art. 1126-1130).

32. Tout contrat doit avoir un objet. Cet objet peut être une chose qu'une partie s'oblige à donner, à faire ou à ne pas faire (art. 1126). Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions (art. 1128).

Les choses qui ne sont pas dans le commerce sont celles qui n'existent pas ou qui ont cessé d'exister; de même celles mentionnées aux articles 538, 540, 714, ainsi que les faits illicites.

L'objet du contrat doit être de nature à offrir au créancier un avantage appréciable en argent. Car toute obligation, en cas

d'inexécution, se résout en dommages-intérêts; il faut donc que le juge ait une base pour en fixer le montant. Le simple usage, ou la simple possession, ou la garde d'une chose, par exemple dans le nantissement, le dépôt, le séquestre, peut donc être, comme la chose même, l'objet du contrat (art. 1127). Il faut que l'obligation ait pour objet une chose certaine et au moins déterminée quant à son *espèce* (*genus*), par exemple un cheval; et si, étant déterminée quant à son espèce, elle ne présente une valeur qu'autant qu'elle soit fournie en une certaine quotité, par exemple du vin, du grain, il faut que la quotité soit aussi déterminée, ou tout au moins il faut que la convention offre des éléments d'après lesquels on puisse déterminer la quotité (articles 1129, 1108), comme par exemple, la promesse d'une dot ou d'une pension alimentaire. Car l'obligation est un *lien* de droit; ce lien ne serait pas sérieux si le débiteur avait la liberté de livrer une chose sans valeur. Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation (art. 1130, alin. 1).

33. Une convention qui n'a pas d'objet, ou qui a pour objet une prestation physiquement impossible, est radicalement nulle, et non seulement *annulable*. Ici nous n'avons pas une disposition comme celles des articles 1117 et 1125. Il en est de même de celle qui a pour objet une prestation moralement ou légalement impossible (une chose illicite), c'est-à-dire une prestation contraire aux mœurs, ou aux lois, ou à l'ordre public, alors même qu'elle ne serait pas spécialement défendue par une loi (art. 6). C'est là une question abandonnée à l'appréciation du juge. (Cass., 28 janvier 1859, B. J., t. 17, 198; P., 1860, 359.)

34. On ne peut faire aucune stipulation sur une succession non ouverte (art. 1130, 791, 1600, 1389). Pareille stipulation est radicalement nulle, parce qu'elle est contraire à une prohibition fondée sur des raisons d'ordre public et politique. Elle ne peut pas être ratifiée et elle n'est pas validée par le silence des parties pendant dix ans à partir de l'ouverture de la succession. (Laurent, t. XVI, n° 106; Cologne, 26 octobre 1852, J. P. B., 1853, 126.) La question est controversée. (Voy., en sens contraire : Bruxelles, 9 août 1854, J. P. B., 1854, 542, et Cass., 12 juillet 1855, P., 1854, 366; 1855, 336, B. J., t. 13, 1329.) Cette disposition, quatre fois répétée dans le code, se trouve

pour la première fois dans l'article 791. D'après les anciennes coutumes, les filles pouvaient renoncer aux successions futures. Souvent elles renonçaient, dans leur contrat de mariage, moyennant une dot, aux successions futures, dans l'intérêt du droit d'aînesse des mâles. L'article 791 avait pour but de faire disparaître « cette tache d'injustice et de féodalité, qui portait atteinte à l'égalité des partages », comme dit Chabot de l'Allier. Pour les mêmes motifs déjà, les lois des 15 mars 1790, 8 avril 1791 et 18 pluviôse an v avaient aboli les renonciations aux successions futures. (Voy. les discours de Chabot, n° 43, de Favard, n° 23 et de Mouricault, n° 10, Locré, X, p. 255; t. XII, p. 428 et 556.) — Dans d'autres passages, les auteurs du code civil ont déclaré de semblables stipulations immorales, incompatibles avec l'honnêteté publique, comme renfermant des spéculations honteuses et même dangereuses, parce qu'elles supposent le désir de la mort d'un homme. (Voy. les discours de Siméon, n° 37; Bigot-Préameneu, n° 25; Portalis, n° 20; Faure, n° 20, et Grenier, n° 16, Locré, X, p. 299; XII, p. 324; XIV, p. 151, 197, 242.)

Les mots : *même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit,* dans l'article 1130, alinéa 2, ont été ajoutés, sur l'observation du Tribunat, n° 7, pour faire cesser la diversité de jurisprudence existant autrefois entre les tribunaux, dont quelques-uns admettaient, conformément au droit romain, les stipulations relatives aux successions non ouvertes, pourvu que celui de la succession duquel il s'agissait y eût consenti. (Voy. Locré, XII, p. 259.)

SECTION IV.

DE LA CAUSE (art. 1131-1133).

35. En droit romain, toute convention librement consentie n'était pas civilement obligatoire; pour qu'elle donnât lieu à une action, il fallait *de plus* qu'elle eût une *cause civile* (*causa civilis*). (Voy. n° 6.) Cette cause civile était quelquefois le consentement seul, par exemple, dans la vente, le louage; quelquefois la forme

solennelle (*verbis et litteris contracta obligatio*); quelquefois une prestation antérieure de l'autre partie (*re contracta obligatio*).

Aujourd'hui, les conventions sont, en règle générale, obligatoires par le seul effet du consentement. Le terme *cause* dans les articles 1131-1133 ne peut donc plus avoir le même sens qu'en droit romain.

Dans le code, la *cause* c'est la *raison* ou le *motif juridique* qui a déterminé une partie à contracter. Il faut bien distinguer la raison ou la *cause juridique* : 1° du motif *de fait* ou de la cause impulsive; 2° de l'objet du contrat. Par exemple, j'achète un sac de froment pour 20 francs. Le *mobile* de la convention, c'est de me nourrir ou de le revendre; il est juridiquement indifférent. *L'objet* de ma prestation, c'est la somme de 20 francs; la *cause juridique* de mon engagement, c'est l'obligation du vendeur de me livrer un sac de froment.

La cause juridique des conventions peut consister soit dans une prestation faite ou à faire et en retour de laquelle l'une des parties s'oblige envers l'autre (Gand, 19 juin 1873, P., 1873, 341), ou bien dans la libre détermination de l'un des contractants de faire en faveur de l'autre une libéralité. « La cause est dans *l'intérêt réciproque* des parties, ou dans la *bienfaisance* de l'une d'elles. » (Exposé de motifs, n° 27, Locré, XII, 325; Pothier, n° 42.)

La cause peut aussi être l'existence d'une obligation antérieure. (Voy. *infrà*, n° 36.)

36. Il résulte de ce qui précède que l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet (art. 1131).

Il y a *absence de cause* lorsqu'on a fait une promesse sans vouloir faire une libéralité et sans avoir en vue une prestation de la part de l'autre contractant; par exemple, je promets de vous payer 1,000 francs. Un semblable engagement est considéré comme un acte d'un insensé plutôt que d'un homme raisonnable.

La cause est *fausse* lorsque les parties ou l'une des parties ont cru par erreur qu'elle existait, tandis qu'elle n'existe pas; par exemple, je crois que vous êtes légataire d'une somme de 1,000 francs, et je vous promets de vous livrer un fonds en

payement de cette somme. Il se trouve que le legs a été révoqué ; l'engagement a été contracté sur une fausse cause, il est nul. (Pothier, nº 42.) C'est en réalité une obligation sans cause.

La cause est *illicite* lorsque l'engagement de l'une des parties qui a déterminé l'autre à s'obliger est prohibé par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (art. 1133). Ainsi, par exemple, Paul a promis à Pierre de commettre un acte illicite ou immoral, de battre quelqu'un, ou d'incendier sa maison, ou de s'enivrer. Pierre lui a promis une somme d'argent en retour de cette promesse. L'obligation de Paul est nulle, parce qu'elle a un *objet* illicite; celle de Pierre est nulle, parce qu'elle a une *cause* illicite.

Ou bien Paul s'engage à faire un acte qu'il était obligé de faire : par exemple, fonctionnaire public, il promet un acte que ses fonctions l'obligent à faire gratuitement. Pierre lui promet en retour une somme d'argent. On peut dire que la *cause* de l'engagement de Pierre est illicite, parce que la promesse de Paul de faire moyennant salaire ce qu'il devait faire gratuitement est illicite et immorale (code pén., art. 177 ; code pén. belge, art. 246, 247). Mais on peut dire aussi que, dans ce cas, il y a *absence* de cause, parce que la nécessité juridique de faire la prestation *promise* existait déjà sans qu'elle fût promise. Il en est de même lorsque quelqu'un s'est engagé *à ne pas faire* une chose défendue ou immorale.

37. La convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas *exprimée* dans l'acte (art. 1132). Cet article a pour objet une question de *preuve;* il suppose qu'il existe un acte écrit.

Si, dans ce cas, la cause est niée, qui, du créancier ou du débiteur, doit en prouver l'existence ou la non-existence? C'est à celui qui demande l'exécution de la convention, donc au créancier, de prouver la cause, à moins que la cause ne résulte suffisamment de l'acte même (arg. art. 1315, 1131). Car la cause est une des conditions essentielles de la validité de la convention ; ensuite, imposer cette preuve au débiteur, ce serait exiger de lui une preuve négative absolue, laquelle, le plus souvent, est impossible.

Il est admis que la cause d'un billet ou d'une obligation est

suffisamment justifiée par les mots *je dois* ou *je reconnais devoir*. (Cass. fr., 25 juillet 1876, D., 1878, 1, 123.)

La preuve de la cause peut alors être faite par témoins, quel que soit l'objet de la convention ; car l'acte qui constate un engagement est un commencement de preuve par écrit de la cause de cet engagement (art. 1347).

38. La convention conserve tout son effet, quoique la cause exprimée soit reconnue fausse, lorsqu'elle a une autre cause licite. (Jurisprudence constante. Cass. fr., 9 novembre 1869, D., 1870, 1, 167 ; Poitiers, 2 juillet 1872, D., 1872, 2, 166 ; Liége, 26 décembre 1877, B. J., t. 36, 571, P., 1878, 312.) Mais la convention est inefficace si la cause exprimée n'est pas vraie, et si elle n'a pas une autre cause licite. C'est au débiteur, qui conteste la cause exprimée, de prouver qu'elle est fausse. (Bruxelles, 20 mars 1866, B. J., t. 24, 545.) Cette preuve ne peut pas être faite par témoins, quand même il s'agirait d'une somme moindre de 150 francs, parce qu'elle va *contre le contenu* d'un acte. (Duranton, n° 357.)

Si le débiteur a prouvé la fausseté de la cause exprimée, c'est au créancier d'établir qu'il existe une autre cause réelle.

39. La convention sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, n'est pas susceptible d'être ratifiée ni cautionnée. (Bruxelles, 22 mai 1871, P., 1872, 408.) Elle est radicalement nulle. Ce qui a été payé en exécution d'une semblable convention peut être répété, à moins que l'intention de faire une libéralité ne résulte des circonstances.

La répétition peut avoir lieu peu importe que l'obligation soit sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite. (Colmet de Santerre, t. V, n° 49 *bis*.)

SECTION V.

DE L'INTERPRÉTATION DES CONVENTIONS (art. 1156-1164).

40. Les règles sur l'interprétation des conventions sont presque textuellement copiées du *Traité des obligations* de Pothier, n°s 91-98 et 100, lequel les a puisées dans le droit romain. Ces

règles sont assez claires par elles-mêmes et n'ont pas besoin d'explication. Elles s'appliquent également à l'interprétation des lois et des actes de dernière volonté. (Bruxelles, 30 juillet 1868, B. J., t. 26, 1091.) Voici l'ordre dans lequel elles se trouvent dans le code.

41. On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter *au sens littéral* des termes (art. 1156). Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun (art. 1157). Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à *la matière du contrat*. Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées (art. 1158-1160). Toutes les clauses des conventions s'interprètent *les unes par les autres*, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter. Cette dernière règle était ainsi formulée dans l'ancien droit : *Il n'y a au marché que ce qu'on y met* » (Loysel, n° 358). (Art. 1161-1163.) Lorsque, dans un contrat, on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés (art. 1164).

....

SECTION VI.

DE L'EFFET DES CONVENTIONS.

I. ENTRE LES PARTIES.

42. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134, alin. 1). La convention a elle-même entre les parties l'autorité de la loi, et le juge doit la

respecter et l'appliquer comme il doit appliquer la loi. De là il résulte que le jugement qui la viole est soumis à la censure de la cour de cassation comme le jugement qui contrevient à la loi. (Favard, rapport au Tribunat, n° 29, Locré, XII, 430; Cass. fr., 15 avril 1872, D., 1872, 1, 176.) Cette règle est applicable même aux contrats antérieurs à la promulgation du code civil. (Cass. fr., 6 mars 1876, D., 1876, 1, 193.)

Les conventions valablement formées créent entre les parties un lien de droit, une obligation qui doit être exécutée. Elles ne peuvent pas être révoquées par la volonté d'une seule partie, mais seulement de leur consentement mutuel, sauf stipulation contraire, ou pour les causes que la loi autorise (art. 1134, alin. 2).

43. La différence romaine entre contrats de droit strict (*stricti juris*) et contrats de bonne foi (*bonæ fidei*) n'existe plus. Aujourd'hui, toutes les conventions sont et doivent être exécutées de bonne foi (art. 1134, alin. 3). De là il résulte qu'elles obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (art. 1135, 1160). *In contractibus tacite veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis.* « L'usage ne peut pas *ajouter* à l'engagement, mais il en est l'interprète », disait Cambacérès au conseil d'État. (Locré, XII, 140)

44. La convention fait activement et passivement partie du patrimoine des contractants. En vertu du principe de la continuation de la personne, les conventions ont de l'effet, activement et passivement, pour les héritiers des contractants. Il en est de même des successeurs ou ayants cause à titre universel.

On est censé avoir stipulé et promis pour soi et pour ses héritiers, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention (art. 1122). Le contraire résulte de la nature de la convention lorsqu'elle a pour objet une obligation contractée en considération de la *personne* du débiteur ou du créancier, par exemple un mandat, une société, un louage de service, ou des soins à donner à la personne du créancier (art. 2003, 1865, 3°, 1795). (Gand, 1er juillet 1875, P., 1876, 333.)

45. On est aussi censé avoir stipulé pour ses ayants cause, c'est-à-dire, les droits que nous avons stipulés relativement à une

chose qui nous appartient profitent aussi au successeur à titre particulier à cette chose, peu importe que la succession soit à titre onéreux ou à titre gratuit. (Pothier, nos 67, 68; fr. 17, § 5, D., *De pactis*, 2, 14.)

Voici l'exemple donné par Pothier : quelqu'un m'a promis de ne jamais faire valoir contre moi ni contre mes héritiers ou ayants cause les droits de la substitution (ou tous autres) qui pourraient être un jour ouverts à son profit par rapport à tel héritage déterminé. Cette convention a effet même pour ceux qui acquièrent cet héritage à titre particulier, soit onéreux, soit gratuit.

Mais les obligations contractées à l'égard d'une chose ne grèvent pas le successeur à titre particulier du promettant; par exemple : Paul a promis, sous une peine, de ne pas exercer sur mon fonds une servitude appartenant à son immeuble; il vend son immeuble. L'acheteur n'est pas tenu par la promesse du vendeur. (Laurent, t. XVI, n° 14.)

46. En vertu du principe énoncé au n° 44, les obligations passent activement et passivement aux héritiers, à chacun en proportion de sa part héréditaire. Mais pourrait-on stipuler ou promettre pour un seul ou pour quelques-uns de ses héritiers? Les jurisconsultes romains semblent avoir été en désaccord sur cette question. D'après les fr. 56, § 1 et 137, § 8, D., *De verborum obligationibus*, 45, 1, on ne peut pas promettre pour un seul de ses héritiers, de manière à le charger seul de la dette; mais d'après le fr. 33, D., *De pactis*, 2, 14, on peut stipuler la libération au profit d'un seul de ses héritiers.

En principe, on ne peut stipuler ou promettre pour ses héritiers qu'en qualité d'héritiers. S'ils sont plusieurs, ils ne représentent le défunt que chacun pour une partie; pour le surplus, ils sont tiers. On ne peut donc stipuler ou promettre pour un seul et lui attribuer seul et à l'exclusion des autres, soit le profit de la stipulation, soit la charge de la promesse. (Pothier, nos 64, 65; Marcadé, sur l'art. 1122; Laurent, t. XVI, nos 10, 11.)

II. A L'ÉGARD DES TIERS (art. 1119-1121; 1165).

47. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne peuvent ni être opposées aux tiers, ni être invo-

quées par eux (art. 1165). On ne peut contracter par son consentement que pour soi-même; ma volonté ne peut pas lier un tiers, comme elle ne peut pas lui faire acquérir (art. 1119). Donc, l'obligation contractée pour un tiers, sans mandat de sa part, ne lie ni ce tiers, ni celui qui a contracté, s'il ne s'est obligé pour autrui qu'en son propre nom. C'est là le véritable sens de l'article 1165, mais il ne faut pas en conclure qu'une convention ne puisse jamais avoir des conséquences pour les droits des tiers. Ainsi, par exemple, quelqu'un achète de bonne foi un immeuble par un contrat émané de quelqu'un qui n'en est pas propriétaire. Ce contrat ne confère aucun *droit* à l'acheteur; mais celui-ci peut, par une possession continuée pendant dix ans, acquérir la propriété du fonds par prescription. (Bordeaux, 21 mars 1873, D., 1876, 2, 194.)

48. Toutefois, la promesse faite pour un tiers a de l'effet lorsqu'on s'est porté fort pour lui ou lorsqu'on s'est engagé à rapporter sa ratification (art. 1120). Le tiers *n'est pas lié* par cette promesse, mais elle oblige le promettant à des dommages-intérêts, si le tiers refuse d'exécuter l'engagement. La question de savoir si celui qui a promis pour un tiers a eu l'intention de se porter fort pour lui, doit être décidée d'après les circonstances. Mais le fait *seul* de contracter *en son propre nom pour autrui* n'a pas la signification que le promettant se porte fort; autrement la règle générale de l'article 1119, qui déclare un semblable engagement nul, ne serait plus qu'une exception. (Demante, *Programme du droit civil,* n° 546. Il faut admettre que le promettant s'est porté fort pour le tiers, lorsqu'il a fait sa promesse sous une clause pénale.

Si le tiers pour lequel on s'est porté fort a *ratifié* l'engagement, le promettant est *libéré,* quand même ce tiers refuserait de l'*exécuter;* car le créancier a alors une action contre le tiers.

49. En règle générale, on ne peut pas stipuler en faveur d'un tiers; le tiers ne peut pas se prévaloir d'une semblable stipulation, parce que sa volonté n'y a pas concouru, et le stipulant ne peut pas en demander l'exécution, ni pour lui-même, parce que telle n'était pas l'intention des contractants, ni pour le tiers, parce que le stipulant n'y a aucun intérêt.

Toutefois, d'après l'ancienne jurisprudence française, conforme

au droit romain de Justinien, on pouvait stipuler au profit d'un tiers dans deux cas : 1° indirectement, en faisant une stipulation pour soi-même sous la *condition* (pour le cas) que le promettant ne ferait pas une prestation au profit d'un tiers; par exemple, me promettez-vous dix, si vous ne donnez pas telle chose à Pierre? § 19, J., *De inutilibus stipulationibus,* 3, 19; dans ce cas, le tiers n'avait pas d'action, le stipulant pouvait demander l'exécution de l'obligation contractée par le débiteur pour le cas d'inaccomplissement de la condition; 2° directement, lorsqu'on faisait une donation en imposant au donataire une prestation au profit d'un tiers (*donatio sub modo*); en ce cas, le tiers avait contre le donataire une action utile en exécution de la prestation. (L. 3, C., *De donationibus quæ sub modo,* 8, 55. Pothier, nos 70-72.)

Le code a maintenu ces deux cas de validité d'une stipulation au profit d'un tiers, en disant dans l'article 1121 qu'on « peut stipuler au profit d'un tiers, « lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre ».

50. Dans l'ancienne jurisprudence, il y avait controverse sur la question de savoir si celui qui avait fait une donation à la charge de faire une prestation à un tiers, pouvait libérer le donataire de cette charge, et ainsi en enlever le bénéfice au tiers, sans son intervention. (Pothier, n° 73.) Le code a résolu la question dans l'article 1121, alin. 2 : « Celui qui a fait cette stipulation, ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter. » Dans ce cas, le contrat est lié entre les trois parties par le concours des trois volontés. (Discours du tribun Mouricault au Corps législatif, n° 8; Locré, XII, 554-555). Par la même raison, le tiers a alors une action directe en exécution contre le promettant. (Cass. fr., 13 juin 1877, D., 1878, 1, 415.)

CHAPITRE III.

DE L'EFFET DES OBLIGATIONS.

SECTION I.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

---

51. Dans cette section (art. 1134-1135), le code ne parle que de l'effet des *conventions,* dont il a été traité aux nos 42-50. Mais les règles suivantes (art. 1136-1155) s'occupent de l'effet des *obligations,* sans distinguer si elles proviennent d'une convention ou d'une autre cause.

52. Le débiteur doit exécuter l'obligation; il doit prester l'objet dû au lieu et au temps convenus. L'inexécution totale ou partielle, ou l'exécution tardive de l'obligation peut avoir des effets différents, suivant les causes dont l'une ou l'autre provient Ces effets sont les conséquences *accidentelles* (appelées aussi *accessoires* par quelques jurisconsultes) des obligations.

Avant de déterminer les effets de l'inexécution des obligations en général, le code donne quelques règles particulières sur les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire.

....

SECTION II.

DE L'OBLIGATION DE DONNER (art. 1136-1141).

---

53. Le mot *donner* doit être pris ici dans son sens le plus général; il est synonyme de *délivrer*. Ainsi, l'obligation de donner dont il s'agit ici comprend non-seulement l'obligation de transférer à une personne la propriété (*donner* en sens restreint), ou l'usage ou la possession d'une chose, mais aussi celle de *restituer* la chose à son propriétaire, par exemple, l'obligation du locataire à la fin du bail.

54. L'obligation de donner peut avoir pour objet un corps certain et déterminé (*species*), ou une chose déterminée seulement

quant à son espèce (chose fongible, *genus*). L'obligation de donner comprend l'obligation de *livrer*, c'est-à-dire de faire ce qui est nécessaire pour la mettre en la puissance et possession du créancier, et de veiller, jusqu'à ce qu'elle soit livrée, à la conservation de la chose, en soumettant celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille (art. 1135, 1136, 1137).

55. L'obligation de donner diffère de l'obligation de faire ou de ne pas faire, en ce qu'elle ne se résout pas *simplement* en dommages-intérêts en cas d'inexécution, mais que l'exécution *matérielle* en est possible et que le créancier peut toujours demander l'exécution même de l'obligation et la mise en possession de la chose, lorsqu'elle est certaine et déterminée. Si elle n'est déterminée que quant à son espèce, le créancier peut se faire autoriser à se procurer la chose aux frais du débiteur (arg. art. 1144). (Cass. belge, 2 juillet 1874, P., 1874, 244.)

Si l'obligation de délivrer procède d'un titre translatif de propriété, elle s'accomplit de la manière prescrite aux articles 1604 et suiv. du code civil; dans les autres cas, de la manière déterminée par les règles spéciales à la convention que les parties ont conclue.

56. L'obligation de livrer une chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes (art. 1138). Lorsque l'obligation de livrer procède d'une convention translative de propriété et qu'elle a pour objet un corps certain et déterminé, la propriété est transmise au créancier par le seul effet du contrat, sans tradition ou mise en possession (art. 711, 1138, 1583). Ce principe est une innovation du code civil, qui a été introduite d'une manière presque inaperçue et sans discussion. Sous l'ancien droit, la propriété ne se transmettait que par la *tradition*, comme en droit romain. (Voy. titre XVIII.)

M. Colmet de Santerre dit : « L'article 1138 ne bouleverse pas radicalement les principes anciens sur la tradition; au lieu de la déclarer désormais inutile, il la proclame opérée de plein droit, et il ne fait au reste que consacrer et convertir en règle un usage dont nous trouvons les traces jusque dans Pothier (*Vente*, n° 313.) Il arrivait, en effet, autrefois que le vendeur déclarait par contrat se dessaisir de la possession au profit de

l'acheteur, l'investir de sa possession, et cette simple déclaration, appelée clause de *saisine* et de *dessaisine*, était acceptée comme équivalent à une tradition réelle; elle transférait la propriété. C'est cette clause usuelle que les rédacteurs de notre code ont sous-entendue dans tous les contrats, et qui rend inutile toute tradition, ou, pour parler comme l'article 938 qui contient un vestige de cette théorie « toute *autre* tradition ». » (*Cours analytique du code Napoléon*, t. V, n° 55 *bis*, III.)

Si la chose qui fait l'objet de l'obligation n'est déterminée que par son espèce, la propriété n'en est transmise au créancier qu'au moment de la livraison, ou lorsque les parties sont d'accord sur l'individualité de la chose.

La règle que la propriété est transmise par le seul effet des conventions souffre des modifications à l'égard des tiers lorsque l'objet du contrat est un immeuble (art. 1140) (loi **française** du 23 mars 1855, art. 1-3; loi **belge** du 16 décembre 1851, art. 1; *infrà*, tit. XVIII.)

Si l'objet du contrat est un meuble corporel, la propriété en est transmise par le seul effet de la convention, mais le premier acquéreur ne peut pas le revendiquer contre un second acquéreur de bonne foi, mis en possession *réelle* (art. 1141). Il n'y a pas droit de suite. C'est là une conséquence de la règle qu'en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279). « On a dû considérer l'intérêt du tiers, quand même son titre serait postérieur en date; la bonne foi de cet acquéreur, la nécessité de maintenir la circulation libre des objets mobiliers, la difficulté de les suivre et de les reconnaître dans la main de tierces personnes, ont dû faire donner la préférence à celui qui est en possession, quoiqu'il y ait un titre antérieur au sien. » (Bigot-Préameneu dans l'Exposé de motifs, n° 36, Locré, XII, 328.)

La disposition de l'article 1141 ne s'applique pas seulement à la vente, mais à toutes les conventions par lesquelles on transmet des droits sur des objets mobiliers.

57. Lorsque l'objet de l'obligation est un corps certain et déterminé, il est aux risques du créancier dès le moment où l'obligation a été contractée, comme en droit romain. En droit français, la chose est aux risques du créancier par une raison de plus, c'est parce que le créancier en est déjà propriétaire (*casum*

sentit dominus). L'article 1138, qui énonce ce principe, n'est pas exact en disant que la chose est aux risques du créancier, *dès l'instant où elle a dû être livrée*. Ce serait contraire aux articles 1185 et 1583. Elle est aux risques du créancier dès que la livraison en a été *due*, c'est-à-dire dès que le contrat a été fait ou dès que la chose a été déterminée, quand même elle ne devrait être livrée qu'après un délai.

....

SECTION III.

DE L'OBLIGATION DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE (art. 1142-1145).

---

58. Nul ne peut être contraint à faire quelque chose; c'est une loi de la nature autant qu'un précepte juridique. *Nemo ad actum cogi potest*. La contrainte à cet effet ne peut être directe ni indirecte ; ainsi le juge, en règle générale, ne peut pas prononcer la contrainte par corps ou des condamnations pécuniaires excédant les dommages-intérêts légalement dus, pour forcer indirectement le débiteur à l'accomplissement d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Une semblable obligation se réduit, en cas d'inexécution, à des dommages-intérêts, c'est-à dire, dans ce cas, le créancier n'a que le droit de réclamer la réparation du dommage qu'il a souffert (art. 1142). Toutefois, il ne faut pas en conclure que cette obligation constitue une obligation alternative. Les dommages-intérêts ne sont pas l'*objet* de l'obligation, mais ils en sont l'effet accidentel (n° 52), à défaut d'exécution.

59. Si l'obligation de faire ou de ne pas faire a un caractère que l'on pourrait appeler *réel* plutôt que personnel, c'est-à-dire si elle est de nature à pouvoir être exécutée par une autre personne que le débiteur, ou s'il est possible de détruire ce qui a été fait en contravention à l'obligation de ne pas faire, le créancier peut se faire autoriser à faire exécuter ou détruire, aux frais du débiteur, ce que ce dernier s'était engagé à faire ou à ne pas faire (art. 1143, 1144).

....

SECTION IV.

DES DOMMAGES ET INTÉRÊTS RÉSULTANT DE L'INEXÉCUTION DE L'OBLIGATION (art. 1146-1155).

APERÇU GÉNÉRAL.

60. Il peut arriver que le débiteur n'exécute pas son obligation, même que l'exécution en soit devenue impossible. Cette inexécution peut avoir pour conséquence ou d'obliger le créancier à renoncer complétement à l'exécution de l'obligation, ou bien de substituer à la place de celle dont l'exécution est devenue impossible, une autre qui peut être exécutée et qui est l'équivalent de la première, l'obligation de payer des dommages-intérêts. L'exécution tardive de l'obligation peut aussi avoir pour effet de donner lieu à des dommages-intérêts.

Pour décider si l'inexécution d'une obligation fait naître une nouvelle obligation de dommages-intérêts, il faut examiner la cause d'où provient cette inexécution.

L'inexécution de l'obligation peut être le résultat d'une cause étrangère à la volonté du débiteur, d'un cas fortuit ou d'une force majeure, ou bien du fait et de la volonté, ou tout au moins d'une négligence ou faute du débiteur (*dol*, *faute*). L'obligation peut aussi, par un fait imputable au débiteur, n'avoir pas été exécutée au temps où elle aurait dû l'être; en ce cas, le débiteur est *en demeure*.

Dans le cas où l'inexécution de l'obligation oblige le débiteur à des dommages-intérêts, il y a lieu d'examiner en quoi consistent ces dommages-intérêts et quel en est le montant.

I. DU CAS FORTUIT ET DE LA FORCE MAJEURE.

61. Le débiteur n'est tenu à aucuns dommages-intérêts lorsqu'une force majeure ou un cas fortuit l'a empêché d'exécuter son obligation (art. 1148). Il y a cas fortuit ou force majeure toutes les fois que l'inexécution de l'obligation provient d'une cause étrangère à la volonté du débiteur et qui ne peut pas lui être imputée (art. 1147). Tels sont les événements de la nature et les

faits d'une personne ou d'une chose dont le débiteur n'a pas à répondre, par exemple, l'inondation, l'incendie causé par le feu du ciel ou par le fait d'une autre personne, pourvu que ces événements ou ces faits n'aient pas été précédés de quelque faute imputable au débiteur (*casus culpâ determinatus*), et pourvu que le débiteur, en donnant à l'accomplissement de l'obligation tous les soins qu'il devait y apporter, n'ait pas pu prévenir ces accidents, ou du moins en détourner les effets.

Mais il faut que l'impossibilité d'exécuter l'obligation soit absolue et naturelle; une impossibilité purement relative à la personne du débiteur n'est pas considérée comme un cas fortuit; par exemple, le débiteur qui ne paye pas parce qu'il n'a pas d'argent est censé ne pas vouloir payer.

Exceptionnellement, le débiteur répond du cas fortuit : 1° lorsqu'il en a été chargé par la convention; 2° lorsqu'il est en demeure. (Voy. *infrà*, n° 71.)

62. Quant à la *preuve*, comme le cas fortuit est une cause qui libère le débiteur de sa prestation, c'est à lui de prouver qu'un semblable événement a eu lieu (art. 1315, alin. 2). Si alors le créancier prétend que, nonobstant l'événement du cas fortuit, le débiteur est responsable parce qu'il a commis une faute, c'est à lui de prouver la faute qu'il impute au débiteur (arg. art. 1808); par exemple, un cheval loué ou prêté tombe malade et périt; le locataire prouve la maladie; il n'en est pas moins responsable si le bailleur prouve que les soins nécessaires n'ont pas été donnés au cheval.

II. DU DOL ET DE LA FAUTE.

63. L'inexécution d'une obligation peut être le résultat d'un fait imputable au débiteur. Si le débiteur a eu l'*intention* de produire ce résultat, le fait est appelé *dol* (*dolus*); si, sans qu'il y ait eu intention positive, le même résultat a été produit, par exemple par un défaut de soins, de prévoyance, de surveillance ou d'activité, le débiteur est en *faute* (*culpa*). L'une et l'autre peuvent être *positifs* (consister *in faciendo*) ou *négatifs* (consister *in omittendo*).

Pour apprécier s'il y a faute ou non de la part du débiteur, il faut, en général, prendre pour base la conduite et le degré de

prévoyance d'un bon père de famille, d'un homme éclairé, prudent et réglé, qui veille soigneusement à ses affaires (*bonus et diligens paterfamilias*) (art. 1137, alin. 1; art. 450, 601, 627, 1728, n° 1 ; 1880). En règle générale, le débiteur est tenu d'apporter à l'exécution de son obligation tous les soins dont est capable un bon père de famille. S'il ne donne pas à l'accomplissement de l'obligation tous les soins d'un bon père de famille, il est en *faute*. Sa responsabilité ne va pas au delà, parce que l'on présume que ce qu'un bon père de famille n'a pas pu éviter est le résultat d'un cas fortuit ou d'une force majeure (*casus*). Mais, dans plusieurs cas, l'obligation du débiteur reste en deçà de celle d'un bon père de famille. Ce sont ces derniers cas que l'article 1137, alin. 2, a en vue en disant : « Cette obligation est *plus ou moins étendue* relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués dans les titres qui les concernent. » Les mots *plus ou moins étendue* veulent dire d'une manière *absolue* que la responsabilité peut être plus ou moins grande, qu'elle peut avoir des degrés, mais non que son obligation pourrait être *plus étendue que celle d'un bon père de famille.*

64. Les anciens interprètes du droit romain professaient sur la faute une théorie qui n'était pas exacte, mais qui est aussi celle de Pothier, n° 142, et qui était encore presque généralement reçue à l'époque où le code a été rédigé. La voici : — Il y a *trois* degrés de faute, la faute grave ou lourde, la faute légère et la faute très-légère (*culpa lata, levis, levissima*). Dans les contrats qui ne concernent que l'utilité du créancier, tels que le dépôt, le débiteur est seulement tenu de la faute grave (*culpa lata*); dans les contrats formés pour l'avantage des deux parties, tels que la vente, le louage, chaque partie est tenue de la faute légère (*culpa levis*); si c'est le débiteur seul qui tire avantage du contrat, comme dans le prêt à usage, il est tenu de la faute la plus légère (*culpa levissima*). Ces règles reçoivent quelques exceptions dans les cas spécialement déterminés par la loi.

Les auteurs du code n'ont pas voulu reproduire cette théorie; ils la repoussent formellement. « Cette division des fautes est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique », dit Bigot-Préameneu dans l'Exposé de motifs, n° 32 (Locré, XII, 326-327); « il n'en faut pas moins sur chaque faute vérifier si l'obligation du débi-

teur est plus ou moins stricte; quel est l'intérêt des parties; comment elles ont entendu s'obliger; quelles sont les circonstances. Lorsque la conscience du juge a été ainsi éclairée, il n'a pas besoin de règles générales pour prononcer suivant l'équité. La théorie dans laquelle on divise les fautes en plusieurs classes, sans pouvoir les déterminer, ne peut que répandre une fausse lueur, et devenir la matière de contestations plus nombreuses. L'équité elle-même répugne à des idées subtiles. On ne la reconnaît qu'à cette simplicité qui frappe à la fois l'esprit et le cœur. » Dans le même sens s'exprime Favard, Rapport au Tribunat, n° 32. (Locré, XII, 431.)

L'article 1137, alinéa 1, proscrit expressément l'ancienne théorie : « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet *que l'utilité de l'une des parties*, soit qu'elle ait pour objet *leur utilité commune*, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. »

65. Les jurisconsultes sont en désaccord sur le point de savoir quel est le système du code. La théorie des trois degrés de faute n'est pas admise. La nouvelle théorie des interprètes du droit romain, presque généralement reçue aujourd'hui, était inconnue aux auteurs du code. D'après cette théorie, il y a deux degrés de faute, la faute *grave* ou *lourde* et la faute *légère*. On commet une faute lourde : 1° lorsqu'on est plus ignorant ou plus négligent que le commun des hommes; 2° lorsqu'on apporte moins de soins aux affaires d'autrui qu'aux siennes propres. On commet une faute légère lorsqu'on est moins diligent qu'un bon père de famille. C'est là la vraie théorie du droit romain. Elle n'est pas formellement dans nos lois, mais aucune disposition ne s'oppose à ce qu'on l'admette encore aujourd'hui; parce qu'elle est fondée dans la raison et la nature même des choses, bien que, dans la détermination du degré de responsabilité, le code s'écarte quelquefois des dispositions du droit romain.

Car les rédacteurs du code ont sans doute conservé aux mots *bon père de famille* la même signification que les Romains donnaient aux termes *bonus et diligens* ou *studiosus paterfamilias*; il serait, d'ailleurs, difficile d'en donner une autre définition. Celui qui est tenu des soins d'un bon père de famille est tenu de

toute faute, donc aussi de la faute *légère*. Le code se sert indistinctement des termes : *être tenu en bon père de famille,* ou *des soins d'un bon père de famille* (art. 450, 601, 627, 1137, 1374, 1533, 1728, 1766, 1806, 1880-1882, 1962) et *être tenu de ses fautes* (art. 589, 1784, 1789, 1850, 1992, 2080). D'après le code, on peut établir les règles suivantes : 1° on est toujours tenu de son dol et de sa faute grave, laquelle doit être assimilée au dol (art. 589, 804); les mots *faute grave* ne se trouvent que dans l'article 804 du code; 2° en *règle générale,* on est aussi toujours tenu de la faute légère ou des soins d'un bon père de famille (art. 1137, alin. 1), *excepté* dans les cas où la loi établit une responsabilité moins forte (art. 1137, alin. 2). Dans ces derniers cas, on est tenu des degrés de soins que l'on apporte habituellement à ses propres affaires (*diligentia quam in suis rebus* ou *diligentia in concreto*); car faire moins pour les affaires d'autrui, c'est commettre une faute grave. La responsabilité à raison de *toute* faute est la règle; le tempérament est l'exception. Toutefois, s'il existait une analogie parfaite entre une hypothèse régie par les dispositions modificatives de la règle générale et une autre hypothèse sur laquelle le code garde le silence, on devrait appliquer à cette dernière la modification introduite pour la première. Ainsi, le mandataire est tenu de toute faute; mais cette responsabilité est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit (art. 1992); le dépositaire qui ne reçoit pas de salaire doit apporter dans la garde de la chose déposée les mêmes soins qu'il apporte dans la garde de ses propres choses (art. 1927). Par analogie on doit admettre, conformément au droit romain, que le tuteur, dont les fonctions sont gratuites, ne doit être tenu que de *diligentia quam in* SUIS REBUS. (Zachariæ, § 308, 2°.) Il faut aussi admettre que, de même qu'en droit romain, les termes : *être tenu en bon père de famille* expriment quelquefois la *diligentia in concreto,* et veulent dire être tenu de *diligentia quam in suis rebus.*

66. Lorsque le débiteur qui n'a pas dûment exécuté son obligation se prétend libéré, c'est à lui de prouver sa libération. Il en peut faire la preuve, soit directement, en établissant qu'il a apporté à l'exécution tous les soins dont il était tenu, soit indirectement, en prouvant que l'inexécution provient d'un cas fortuit ou d'une force majeure (art. 1148, 1302, alin. 3).

III. DE LA DEMEURE.

67. Il peut y avoir demeure (*mora*) de la part du débiteur ou du créancier.

A. *De la demeure du débiteur.*

68. La demeure du débiteur, c'est le *retard injuste* apporté à l'exécution de son obligation. Pour qu'il y ait demeure, il faut donc que le retard provienne d'un fait imputable au débiteur, de sa faute. La question de savoir s'il y a *faute* se décide d'après les règles exposées aux nos 61-66. Pour décider s'il y a retard, il faut examiner *quand* l'obligation a dû être exécutée.

69. Il faut distinguer :

1. Si l'obligation est de ne pas faire, le débiteur est en demeure par le seul fait de la contravention (art. 1145).

2. Si l'obligation est de faire ou de donner, le débiteur n'est mis en demeure que par une interpellation ou sommation du créancier; peu importe qu'elle soit contractée sans terme ou avec terme (art. 1139, 1146). Décidant une ancienne controverse, le code a donc admis la règle *dies non interpellat pro homine*. Toutefois, cette règle souffre exception : *a.* dans les cas où la loi dit que la demeure existe sans sommation; par exemple, dans les cas des articles 455, 456, 474, 1846, etc. Ainsi le possesseur *injuste* d'une chose d'autrui, c'est-à-dire, le possesseur clandestin ou violent, par exemple, le voleur, est toujours en demeure, — *semper fur moram facere videtur* — (art. 1302, alin. 4); *b.* lorsque la convention porte que le débiteur sera en demeure par la seule échéance du terme; *c.* lorsque l'obligation était de nature à ne pouvoir être exécutée que dans un certain temps que le débiteur a laissé passer (art. 1146). Dans ce cas, il est plus juste de dire qu'il y a inexécution complète de l'obligation.

70. L'interpellation se fait, en général, par une sommation extrajudiciaire (art. 1139), ou par tout autre acte équivalent, par exemple, une citation en justice (art. 2244), un commandement ou une saisie, ou la reconnaissance du débiteur qu'il est en demeure (art. 2248). De même lorsque l'obligation est bilatérale et

que l'une des parties somme l'autre d'exécuter son engagement, l'exception *non adimpleti contractus* donnée en réponse à l'huissier et constatée par celui-ci dans l'exploit constitue un acte équivalent. (Bruxelles, 31 déc. 1867, B. J., t. 26, 1058.)

Spécialement, si l'objet de la dette est une somme d'argent, le débiteur n'est mis en demeure que par une *demande en justice*, sauf les exceptions indiquées aux n° 69, 2° (art. 1153, alin. 3, art. 1904), ou par une citation en conciliation, suivie d'une demande en justice formée dans le mois, à dater de la non-comparution ou de la non-conciliation (code de proc., art. 57; code civil, art. 2245).

71. Les effets de la demeure sont : 1° elle aggrave la position du débiteur, en mettant la chose à ses risques, dans tous les cas où elle ne l'était pas avant la demeure (art. 1138, alin. 2), à moins que le débiteur ne prouve que la chose aurait également péri sans la demeure (art. 1302, alin. 1-3; art. 1042); 2° le créancier peut demander des dommages-intérêts (art. 1147, 1153) et même la résiliation du contrat (art. 1184).

72. La demeure est purgée (*mora purgata*), c'est-à-dire elle reste sans effets : 1° par la renonciation expresse ou tacite du créancier aux droits que la demeure lui donnait; 2° par l'exécution de l'obligation, ou par un acte équivalent (offres et consignation). La cessation de la demeure n'en arrête les effets que pour l'avenir; elle n'éteint pas les obligations déjà encourues.

B. *De la demeure du créancier.*

73. Le créancier est en demeure lorsqu'il refuse injustement de recevoir la prestation *offerte* conformément à l'obligation du débiteur, ou lorsqu'il rend impossible l'exécution de cette obligation; par exemple, en ne se trouvant pas au lieu convenu pour l'exécution. Le créancier est, en règle générale, mis en demeure par une sommation ou interpellation de recevoir la chose *offerte* (art. 1257, 1258, 1264); excepté lorsque la loi le déclare en demeure de plein droit, par exemple dans le cas de l'article 1657.—La demeure du créancier a pour effet : 1° de mettre la chose à ses risques et périls; 2° elle peut avoir pour effet d'autoriser le débiteur à se départir de la convention (art. 1657).

IV. DE L'ÉTENDUE ET DE L'ÉVALUATION DES DOMMAGES-INTÉRÊTS.

A. *Dans les cas où l'obligation n'a pas pour objet une somme d'argent* (art. 1149-1152).

74. Les dommages-intérêts sont l'équivalent de l'exécution de l'obligation; ils doivent donc être égaux à la perte que le créancier éprouve, soit par l'*inexécution totale*, soit par l'*exécution tardive* de l'obligation (art. 1146, 1147).

Les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte positive qu'il a faite (*damnum emergens*) et du gain dont il a été privé (*lucrum cessans*) par l'inexécution de l'obligation (art. 1149), sauf les modifications indiquées *infrà*, n° 78. C'est au créancier de prouver le montant des dommages-intérêts. Les dommages et intérêts ne sont dus qu'en cas de demeure (article 1146).

75. A la différence du droit romain, le code oblige le débiteur à des dommages-intérêts plus ou moins étendus, suivant que l'inexécution de l'obligation est le résultat du *dol* ou de la simple *faute* du débiteur. Le code attache une espèce de *pénalité* au dol. En droit romain, le *montant* des dommages-intérêts était le même dans les deux hypothèses, parce que la circonstance que le débiteur est en dol ou en faute n'influe pas sur l'*étendue* de la perte éprouvée par le créancier. Toutefois la question était controversée. Seulement, en cas de dol, le créancier pouvait établir le montant du dommage par son serment (*jusjurandum in litem*).

76. Voici les règles du code : 1° Les dommages et intérêts ne doivent jamais comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite *immédiate* et *directe* de l'inexécution de l'obligation. Il faut donc qu'il y ait un rapport de *causalité* directe entre l'inexécution de l'obligation et le dommage (art. 1151); 2° dans la supposition de cette causalité, le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son *dol* que l'obligation n'est pas exécutée (art. 1150); 3° le débiteur est encore tenu des dommages et intérêts qui n'ont pas été prévus et que l'on n'a pas pu prévoir

lors du contrat si l'inexécution de l'obligation est le résultat de son dol (arg. de l'art. 1150).

77. On ne peut pas dire d'une manière générale quand le dommage doit être considéré comme ayant été prévu, quand il ne doit pas l'être, ni définir ce qu'il faut entendre par dommage, qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de l'obligation. La distinction des auteurs en *dommage direct* et *dommage indirect* manque de précision. La solution de ces questions dépend beaucoup de la nature de l'obligation et des circonstances dans lesquelles elle a été contractée et dans lesquelles elle doit être exécutée.

78. Les parties peuvent convenir d'une somme fixe à titre de dommages-intérêts. Dans ce cas il ne peut être alloué au créancier une somme plus forte ni moindre (art. 1152). D'après l'ancienne jurisprudence et la doctrine de Pothier (n° 345), le juge pouvait réduire la fixation des dommages et intérêts, si elle excédait évidemment la valeur du dommage. Quelques membres du conseil d'État étaient d'avis de conserver cette faculté du juge. La majorité a adopté l'avis contraire exprimé par cet article, « parce qu'il fallait respecter les conventions des parties, d'autant plus que dans d'autres contrats, on ne corrige pas les stipulations que les circonstances rendent ensuite excessives. » (Locré, XII, 142-143; Disc. de Mouricault au Corps législatif, n° 18, Locré, 559.)

Mais une semblable convention a la nature d'une clause pénale; le juge peut donc la modifier lorsque l'obligation a été exécutée en partie (art. 1231). Elle ne prive pas le créancier du droit de demander l'exécution du contrat (art. 1228).

Si l'objet de l'obligation est une somme d'argent, les parties ne peuvent, à titre de dommages et intérêts, stipuler une somme dépassant le taux de l'intérêt légal.

En **Belgique**, d'après la loi du 5 mai 1865, art. 1 (*Mon.* 7 mai 1865), le taux de l'intérêt conventionnel est déterminé librement par les parties contractantes. Dès lors, il faut admettre aussi que les parties peuvent fixer, à titre de dommages-intérêts pour non-payement d'une somme d'argent, une somme dépassant le taux légal de l'intérêt.

B. *Dans les cas où l'obligation a pour objet une somme d'argent.*

79. Dans ce cas, les dommages et intérêts sont dus à raison du *retard* apporté dans l'exécution de l'obligation. Ils ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi, sauf les exceptions (art. 1153). Ces intérêts sont de 5 p. c. en matière civile et de 6 p. c. en matière de commerce (loi du 3 septembre 1807). Les intérêts moratoires sont de 6 p. c. lorsque le créancier est commerçant et qu'il a traité pour un objet de son commerce, quand même le débiteur n'aurait contracté aucune obligation commerciale. (Brux., 29 juin 1868 ; B. J., t. 26, 1395 et la note). La loi présume que la perte essuyée par le créancier et le bénéfice dont il a été privé sont compensés par les intérêts tels que les tribunaux les adjugent, conformément à la loi. Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte, parce que cette perte est évidente et n'a plus besoin d'être prouvée. (Exposé de motifs, n° 45, Locré, p. 331.)

Les intérêts sont compensatoires ou moratoires. Les intérêts compensatoires sont ceux dus pour l'usage d'un capital ou l'équivalent du prix d'une chose productive de fruits. Les intérêts moratoires sont dus à raison du retard d'acquitter une obligation ayant pour objet une somme d'argent.

Dans les **possessions françaises** au nord de **l'Afrique**, la convention sur le prêt à intérêt fait la loi des parties, et l'intérêt légal est de 10 p. c. tant en matière civile qu'en matière de commerce. (Ordonnance du 7 décembre 1835, abrogée par un arrêté du 4 novembre 1848, mais remise en vigueur par un décret du 11 novembre 1849.)

80. Autrefois l'*anatocisme*, ou l'accumulation des intérêts des intérêts, était défendu comme usuraire. D'après le code, les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière (art. 1154) et pourvu que la demande du créancier ait pour objet non-seulement le capital, mais les intérêts mêmes. Le motif, c'est que si

le créancier avait reçu les intérêts, il aurait pu les capitaliser et en retirer les intérêts. La loi **belge** du 5 mai 1865 n'a pas abrogé l'article 1154. L'intérêt conventionnel est libre, mais la *capitalisation* des intérêts est soumise à des restrictions. C'est là le système du code civil auquel le législateur belge est revenu. (Laurent, t. XVI, n° 340.)

Les revenus échus, tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères, produisent intérêt du jour de la demande ou de la convention. — La même règle s'applique aux restitutions de fruits, et aux intérêts payés par un tiers au créancier en acquit du débiteur (art. 1155). Dans ces deux cas, les échéances même plus courtes que d'une année peuvent produire des intérêts, parce que le législateur n'a pas craint l'usure de la part du créancier, comme il la craint de la part des prêteurs d'argent. Par le même motif, l'ancienne jurisprudence aussi avait permis de demander les intérêts dans ces deux cas.

SECTION V.

DE L'EXERCICE DES DROITS ET ACTIONS DU DÉBITEUR OU DE L'ACTION SUBROGATOIRE (art. 1166).

81. Les droits d'une personne font partie de son patrimoine, de ses biens (art. 516-536) et les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers. (art. 2093). C'est pour ce motif qu'en principe, les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur (art. 1166).

Voici dans quel ordre d'idées cette disposition se trouve dans la section qui traite de l'*Effet des conventions à l'égard des tiers*. En principe, les créanciers sont des tiers à l'égard de leurs débiteurs, et les actes passés par le débiteur sont pour le créancier *res inter tertios acta*; ces actes ne peuvent donc ni lui profiter, ni lui préjudicier. — *Néanmoins*, les droits que le débiteur a acquis par un contrat peuvent être exercés par son créancier, etc. L'action par laquelle le créancier exerce les droits de son débiteur est appelée l'action *subrogatoire*. Elle n'existait pas en droit romain. Mais en vertu du principe que tous les biens du débiteur

sont le gage de ses créanciers, ces derniers pouvaient, par voie d'exécution du *jugement* qu'ils avaient obtenu, faire saisir et vendre les créances de leur débiteur ou en demander le payement. (Fr. 15, §§ 8 et 10, D., *De re judicata*, 42, 1.)

82. En principe les créanciers peuvent exercer *tous* les droits de leur débiteur, et non seulement ceux qui résultent des *conventions* qu'il a conclues, comme semble le dire l'intitulé de cette section.

Mais sont exceptés des droits que le créancier peut exercer *ceux qui sont exclusivement attachés à la personne du débiteur*. Les auteurs ont cherché à ramener toutes ces exceptions à un seul principe. Ainsi, suivant Merlin, on ne doit considérer comme *attachés à la personne* que les droits qui, *tout à la fois*, ne *passent pas aux héritiers* ET *ne sont pas cessibles;* et tout droit, soit transmissible aux héritiers, soit cessible, peut être exercé par les créanciers. (*Questions de droit*, v° *Hypothèque*, § 4, n° 4.)

Ce principe n'est pas exact, car il y a des droits transmissibles aux héritiers et qui ne peuvent pas être exercés par les créanciers, par exemple, l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude; et d'un autre côté, un droit peut être cessible, sans pouvoir être exercé par les créanciers; par exemple, l'action en dommages-intérêts pour crimes ou délits exercés contre la personne.

Il est plus exact d'établir en principe que le créancier ne peut pas exercer les droits et actions du débiteur qui ne présentent pas *un intérêt pécuniaire né et actuel.* Mais cette formule n'épuise pas les exceptions; il faut y ajouter encore les droits et actions qui, par leur nature ou par suite d'une disposition spéciale de la loi, par exemple les droits déclarés incessibles par la loi (code de procéd. civ., art. 581, 582), ne peuvent être exercés que par le débiteur lui-même, ou qui ne peuvent pas l'être contre sa volonté. (Zachariæ, § 312.) On ne peut pas formuler un principe général qui comprenne tous ces cas.

Ainsi, par exemple, ne peuvent être exercés par les créanciers : l'action en nullité du mariage, qui appartient exclusivement à l'époux absent (art. 139); l'action en désaveu, qui appartient au mari (art. 313, 314); les droits des père et mère sur la personne de leurs enfants (art. 148, 346, 375); le droit de rem-

plir un mandat conventionnel, bien que les avantages pécuniaires attachés à ce mandat puissent être saisis par les créanciers ; le droit de remplir un mandat légal, par exemple la tutelle, etc. (art. 419, 389, 1428, 1531, 1549) ; les actions en réclamation d'état, lorsqu'elles ne sont pas formées à l'appui d'une action pré sentant un intérêt pécuniaire, par exemple, d'une pétition d'hérédité (controversé) ; les actions en nullité de mariage lorsqu'elles ne sont pas fondées sur une cause de nullité absolue (art. 184, 191) ; car, en cas de nullité absolue, les créanciers ayant un intérêt à cette nullité, peuvent agir en vertu de leur propre droit (art. 184) ; les actions en divorce, en séparation de corps ou en séparation de biens, sauf pour ces dernières l'exception de l'article 1446 ; les droits d'usage et d'habitation (art. 631, 634) ; le droit d'exercer le retrait successoral (art. 841) ; les actions en révocation de donations pour cause d'ingratitude (art. 957, 958) ou des donations entre époux ; toutes les actions en dommages-intérêts naissant de délits contre la personne.

On ne doit pas, avec Toullier (t. VII, n°s 566, 567), considérer comme exclusivement attaché à la personne le droit de demander la nullité d'une convention pour cause d'incapacité de contracter.

83. Le créancier ne peut pas exercer de plein droit les actions de son débiteur ; il doit, à cet effet, se faire autoriser en justice. L'article 788 du code est une *application* de cette règle. Car le créancier ne peut jamais se mettre de sa propre autorité en possession des biens de son débiteur ; or, lorsque j'exerce contre un tiers les droits de mon débiteur, je m'empare du bien de ce dernier, je me mets en possession de son bien. Pour le même motif, la loi n'exige pas une mise en demeure du débiteur d'exercer son droit ; car la procédure en autorisation constitue une mise en demeure. (Colmet de Santerre, t. V, n° 81 *bis*, n°s IV et V.)

Le créancier peut faire assigner le débiteur, en même temps que le tiers contre lequel l'action doit être exercée, et demander à être subrogé, aux lieu et place du premier, à l'action qu'il exerce contre le second.

84. Le créancier ne peut pas entraver le débiteur dans l'exercice de ses droits et actions ; il ne peut agir qu'autant que le dé-

biteur refuse ou néglige d'agir lui-même. De plus le créancier doit avoir un *intérêt* sérieux d'agir. (Cass. fr., 24 février 1869, D., 1870, 1, 64; 13 janvier 1873, D., 1873, 1, 151.) Il ne peut pas exercer les droits et actions auxquels son débiteur a déjà renoncé, à moins qu'il ne fasse annuler cette renonciation, comme faite en fraude de ses droits (par exemple, art. 622, 788, 1464). Il ne peut exercer les droits de son débiteur que jusqu'à concurrence du montant de sa propre créance. (arg. art. 788.)

85. Effets de la subrogation. — La subrogation judiciaire obtenue par le créancier enlève au débiteur la faculté de disposer encore des droits et actions qui sont l'objet de la subrogation; par exemple, il ne pourrait plus, après la signification, confirmer une obligation entachée de nullité, au préjudice du créancier qui s'est fait subroger à l'action en nullité appartenant au débiteur. Il suit de là que les exceptions procédant d'une cause postérieure à la subrogation ne peuvent pas être opposées au créancier.

Mais le créancier est soumis à toutes les exceptions procédant d'une cause antérieure à la subrogation et qui auraient pu être opposées au débiteur lui-même.

Le signification de la subrogation judiciaire ne donne pas au créancier qui l'a obtenue un droit de préférence sur les autres créanciers opposants ou subrogés postérieurement; le bénéfice de la subrogation se partage entre tous les subrogés.

....

SECTION VI.

DE L'ACTION PAULIENNE OU RÉVOCATOIRE (art. 1167).

I. DÉFINITION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

86. Les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers; mais, en règle générale, et sauf le cas où il y a une hypothèque ou un privilége, les créanciers ont perdu leur gage lorsque les biens sont sortis du patrimoine de leur débiteur. Ce dernier peut porter atteinte aux droits de ses créanciers, soit en aliénant frauduleusement ses biens, soit en contractant frauduleusement de nouvelles obligations. La législation romaine, et probablement

déjà du temps de la république, permettait aux créanciers de demander la rescision des actes faits par le débiteur en fraude de leurs droits et la restitution des choses en l'état où elles se trouvaient avant la fraude. Ils intentaient, à cet effet, l'action *paulienne* (*actio pauliana*), ainsi appelée probablement parce qu'elle avait été introduite par un préteur Paul. (Fr. 1, pr. D., *De his quæ in fraudem creditorum facta sunt*, 42, 8; fr. 38, § 4, D., *De usuris*, 22, 1; § 6, J., *De actionibus*, 4, 6; Maynz, *Droit romain*, 4e édition, § 300.)

87. Le principe de l'action paulienne ou *révocatoire* avait passé dans l'ancien droit français. Un édit du mois de mai 1609 annulait tous transports, cessions, ventes et aliénations faits aux enfants, ou héritiers présomptifs ou amis du débiteur. Un règlement pour la ville de Lyon, homologué par arrêt du conseil du 17 juillet 1667, prononce, de plein droit, la nullité des actes faits par un débiteur dans les dix jours qui précédaient la faillite. L'ordonnance de 1673 consacra le même principe, et une déclaration du 18 novembre 1702 rendit commun à tout le royaume le règlement fait pour la ville de Lyon (voy. code de commerce, art. 446-449; loi belge du 18 avril 1851, art. 444-448).

88. *Tout* créancier individuellement, donc aussi le créancier hypothécaire (Bordeaux, 14 juillet 1873, D., 1875, 2, 18), et alors même qu'il aurait d'autres moyens de sauvegarder ses intérêts (car la loi ne distingue pas), peut, en son *nom personnel*, demander la révocation ou l'annulation des actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, afin de faire rentrer dans le patrimoine de ce dernier les biens ou les droits qui, aux termes de l'article 2092 du code civil, sont le gage de ses créanciers. Le créancier agit *proprio jure*, en son nom personnel, et non au nom de son débiteur, comme dans le cas de l'action subrogatoire. Cette action peut être *réelle* ou *personnelle*, suivant la nature du droit qu'elle a pour but de faire rentrer au patrimoine du débiteur.

II. CONDITIONS REQUISES.

89. Pour que l'acte fait par le débiteur puisse être attaqué, il faut :

1° Que le débiteur soit insolvable;

2° Que son insolvabilité soit le résultat de l'acte attaqué, ou tout au moins que son insolvabilité ait été augmentée par cet acte (*damni eventus*). L'acte même n'aurait porté aucun préjudice aux créanciers, si l'insolvabilité avait d'autres causes postérieures à cet acte ;

3° Que le droit du créancier qui intente l'action paulienne soit d'une date *antérieure* à celle de l'acte attaqué (cass. fr., 7 février 1872, D., 1873, 1, 80);

4° Que l'action ait pour objet de faire rentrer dans le patrimoine du débiteur un droit qui puisse servir de gage aux créanciers, c'est-à-dire qui offre un intérêt pécuniaire; ainsi, par exemple, une renonciation à un droit d'usage ne peut être annulée ;

5° Qu'il y ait fraude (*consilium fraudandi ex parte debitoris*), c'est-à-dire intention de soustraire ses biens aux créanciers.

90. Toutefois, en ce qui concerne cette dernière condition, il faut distinguer. Il faut toujours qu'il y ait *fraude* (voy. n° 89); mais la révocation des actes à *titre gratuit,* soit bilatéraux, soit unilatéraux, par exemple des renonciations, doit être admise, alors même que le *tiers* contre lequel l'action paulienne est intentée *n'aurait pas été complice de la fraude*. Cette règle, conforme au droit romain, est fondée sur ce que, dans cette hypothèse, le tiers veut faire un lucre (*certat de lucro captando*), tandis que les créanciers cherchent à éviter un dommage (*certant de damno vitando*). La révocation des actes à *titre onéreux* au contraire ne doit être admise qu'autant qu'il y a eu un *concert frauduleux entre le débiteur et le tiers* avec lequel il a traité. C'est au créancier qui intente l'action révocatoire de prouver la fraude. (Fr. 6, § 11, 13; fr. 10, pr. § 2-4, D., *De his quæ in fraudem*, etc., 42, 8; Pothier, *Obligations*, n° 153; Laurent, t. XVI, n°s 446, 447; Bruxelles, 28 mai 1868, B. J., t. 26, 999; Bordeaux, 30 novembre 1869, D., 1871, 2, 108; haute cour des Pays-Bas, 4 décembre 1874, B. J., t. 33, 73.)

91. Pour qu'un acte puisse être attaqué, suffit-il qu'il ait causé un *préjudice* aux créanciers, ou bien, faut-il qu'il y ait eu *intention frauduleuse* de la part du débiteur?

L'article 1167, siége de la matière, ne soumet à l'annulation que les actes faits en *fraude* des droits des créanciers, et l'arti-

cle 1464 se sert du même terme ; les articles 622, 788 et 1053 permettent d'annuler les renonciations faites au *préjudice* des créanciers. Quelques jurisconsultes, se basant sur ces textes, pensent que les actes à *titre gratuit* peuvent être annulés dès qu'ils ont causé un *préjudice* aux créanciers, mais qu'il faut qu'il y ait eu *fraude* pour faire révoquer les actes à *titre onéreux*. Ce système est contraire au droit romain, à l'ancienne jurisprudence relatée par Pothier (*Traité des successions*, chap. III, sect. III, art. 1, § 2), et aux travaux préparatoires du code. (Voy. Marcadé sur l'art. 1167, II.)

Voici le vrai système de la loi. Dans les deux cas il faut qu'il y ait fraude de la part du débiteur (*consilium fraudis*). Le mot *préjudice* dans les articles 622, 788 et 1053 ne donne aucun appui à l'opinion contraire. Car, à l'époque de la rédaction du code, la controverse qui s'agite aujourd'hui n'existait pas, et les législateurs ont pu se servir du mot *préjudice* au lieu de *fraude*, tout en voulant exprimer la règle du droit romain, et voici dans quel ordre d'idées : pour qu'un acte du débiteur soit annulable il faut qu'il soit frauduleux et qu'il ait causé un préjudice à ses créanciers (*damni eventus*). Le préjudice, c'est la diminution de la solvabilité ; et, comme nul n'est présumé ignorer ses propres faits, donc ses propres engagements et ses dettes, il y a *fraude dans le fait même* de renoncer gratuitement à un droit, alors qu'on ne paye pas ses créanciers. *Quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit, et universa bona alienavit, intelligendus est, fraudandorun creditorum consilium habuisse.* (Fr. 17, § 1, D., *Quæ in fraudem*, etc., 42, 8 ; Laurent, t XVI, n° 445 ; Bruxelles, 28 mai 1868 cité au n° 90.)

92. De même qu'en droit romain, les créanciers ne peuvent attaquer que les *actes positifs* par lesquels leur débiteur a *diminué* son patrimoine, en en faisant sortir des droits acquis ; l'article 1167 dit les *actes faits* par leur débiteur ; tels sont, par exemple, la renonciation à un droit réel (art. 622) ou à une succession qui lui est échue (art. 788). Mais ils ne peuvent pas attaquer les actes ou plutôt les omissions par lesquelles le débiteur a *négligé d'augmenter* son patrimoine, par exemple ils ne pourraient pas accepter une donation ou un legs que le débiteur aurait refusé d'accepter. (Fr. 6, D. *h. t.*, 42, 8.) Car ce serait

entièrement substituer les créanciers au débiteur pour l'exercice des actes de pure faculté et soumettre d'une manière illimitée aux premiers la liberté de ce dernier. (Rouen, 3 juillet 1866, D. 67, 2, 9; Colmet de Santerre, t. V, n° 82 *bis*, II; Laurent, t. XVI, n°s 438, 439.)

93. En règle générale, l'action révocatoire a lieu contre tous les actes faits en fraude des droits des créanciers, même contre les jugements prononcés contre le débiteur par suite d'un concert frauduleux avec des tiers, lesquels peuvent être attaqués par la tierce opposition (code de proc., art. 474).

Sur la question de savoir dans quels cas le créancier d'un copartageant peut attaquer un acte de partage, voy. t. II, n° 1624.

III. EFFETS DE L'ACTION RÉVOCATOIRE.

94. Elle opère la révocation *ex tunc* de l'acte attaqué et produit tous les effets de la condition résolutoire (art. 1183), même à l'égard du tiers détenteur. (Voy. *Belgique jud.*, t. 23, 1009, *Sur la réalité de l'action paulienne;* et Colmet de Santerre, t. V, n° 82 *bis*, n°s XIII et XIV.) Toutefois le tiers détenteur peut gagner les fruits, s'il est de bonne foi (art 549). Il faut aussi tenir compte au tiers détenteur des impenses qu'il a faites sur la chose, conformément aux principes de l'article 555. Mais la révocation n'a lieu que dans la mesure de l'intérêt des créanciers. L'acte conserve ses effets pour tout ce qui n'est pas atteint par la révocation. (Bruxelles, 1er déc. 1876, P. 1878, 84.)

95. L'action révocatoire dure trente ans, à partir du jour où l'acte a été fait, contre les débiteurs, leurs ayants cause ou contre les tiers, sauf à ces derniers à opposer l'usucapion de dix ou vingt ans, s'ils réunissent les conditions requises à cet effet (art. 2265 et suiv.). On ne peut pas appliquer ici la prescription de dix ans de l'article 1304, parce que cet article traite de l'action en nullité entre les parties *contractantes*, lesquelles sont censées avoir ratifié par le silence de dix ans. Cette présomption ne peut pas s'appliquer à un tiers qui n'a pas été partie dans le contrat. (Cass. fr., 9 janvier 1865, D. 1865, 1, 19.)

Il y a une exception à cette règle en matière de séparation de biens. Les créanciers du mari ne peuvent attaquer que *pen-*

dant un an le jugement de séparation de biens obtenu par la femme, lorsque toutes les conditions et formalités prescrites par les articles 1444 et 1445 du code civil et 872 du code de procédure ont été observées (code de proc., art. 873). (Voy. titre du *Contrat de mariage.*)

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS. (Art. 1168-1233.)

SECTION PREMIÈRE.

DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES (art. 1168-1184).

I. DÉFINITION DE LA CONDITION ET SES DIVERSES ESPÈCES.

96. La condition est un événement futur et incertain, de l'arrivée duquel dépend l'effet d'un acte. Le caractère essentiel de toute condition est *suspensif*. La condition résolutoire n'est qu'une condition suspensive de la rescision d'un acte. Il résulte de là qu'il n'y a pas de véritable condition lorsque les parties ont subordonné l'effet d'un acte à un événement *présent* ou *passé* dont elles ignoraient encore l'existence : *conditio in præsens* ou *in præteritum collata* (fr. 100, D., V. O., 45, 1). La définition de la condition suspensive dans l'article 1181, alinéa 1, est erronée. Si l'on a contracté dans l'hypothèse d'un événement passé, ou la convention a eu son effet dès le moment où elle a été faite, ou elle n'en a jamais, selon que cet événement a déjà eu lieu ou non.

Il suit encore de cette définition qu'un événement futur, mais *certain*, n'est pas une condition, mais un *terme* (*dies incertus*), excepté dans les dispositions testamentaires.

Par abus, on appelle quelquefois *condition* ou *condition tacite* ce qui fait un *élément constitutif* de la convention même; par exemple, on dit : « Je vous vends la chose à condition que vous me payiez le prix. » La vente n'est pas conditionnelle; elle est pure et simple, la chose et le prix sont les *essentialia negotii*

(voy. *suprà*, n° 7), tandis que la condition est toujours un *accidentale*. Le payement pourrait être une véritable condition s'il y avait une stipulation expresse.

La condition diffère du *mode* ou de la *clause modale* (*modus*), en ce que celle-ci n'a pas un effet suspensif, et en ce que l'on peut toujours poursuivre l'exécution de la clause modale contre celui qui s'en est chargé ; tandis qu'on ne peut pas poursuivre l'accomplissement d'une condition, même potestative, contre celui qui a acquis un droit dépendant d'une semblable condition.

97. La loi fait diverses divisions des conditions, puisées dans le droit romain.

1° Les conditions sont *casuelles, potestatives* ou *mixtes*.

La condition *casuelle* est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur (article 1169).

La condition *potestative* est celle qui fait dépendre l'effet de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher (art. 1170).

La condition *mixte* est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers (art. 1171).

2° Elles sont *positives* ou *négatives*. La condition est *positive* lorsque l'efficacité de la convention dépend de l'*arrivée* d'un événement; *négative*, lorsque la convention est efficace dans le cas où un événement n'arrive pas (art. 1168, 1177).

3° Les conditions sont *suspensives* ou *résolutoires* (art. 1168, 1181, 1183). (Voy. *infrà*, n°s 103-106.)

4° Elles sont *expresses* ou *tacites*. Elles sont tacites lorsqu'elles résultent de la volonté présumée des parties ou du disposant. Quelquefois les conditions tacites dérivent de la loi, par exemple : la condition résolutoire est sous-entendue dans les conventions synallagmatiques pour le cas où l'une des parties n'exécute pas son engagement (art. 1184, 1657) ; la condition de dégustation est sous-entendue dans les ventes de choses que l'on est dans l'usage de goûter avant de les acheter (art. 1588).

5° Elles sont *possibles* ou *impossibles*. Ces dernières sont ou *physiquement* ou *moralement* ou *légalement* impossibles (art. 1172).

II. RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA STIPULATION ET SUR L'ACCOMPLISSEMENT DES CONDITIONS.

98. Les parties peuvent ajouter à leurs conventions les conditions qui leur conviennent, sous les modifications suivantes :

1° La condition impossible, illicite ou contraire aux bonnes mœurs, si elle est *positive*, est nulle et rend la convention absolument nulle. Si la même condition est résolutoire, l'acte pur et simple a ses effets et la résolution ne peut pas en avoir lieu (art. 1172), à moins qu'elle ne constitue une clause pénale.

2° Lorsque la condition, physiquement ou moralement impossible, est *négative*, la convention produit ses effets à l'instant même, la condition se trouvant déjà accomplie au moment de la convention (art. 1173). Une condition semblable ne saurait être résolutoire; car, dans ce cas, la convention serait résiliée au moment même où elle aurait été conclue. Il ne faut pas confondre la *condition* avec la *cause* ni avec l'*objet* du contrat. Ainsi la convention est nulle lorsqu'elle consiste à se faire promettre quelque chose pour ne pas commettre un fait illicite ou immoral.

99. La convention qui fait dépendre sa force obligatoire de la *seule volonté* de celui qui s'oblige est *nulle*. Tel est le sens de l'article 1174 portant que « toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contractée sous une condition *potestative de la part de celui qui s'oblige* ». La disposition de cet article est une formule mal rédigée de la règle du droit romain, qu'il n'y a point d'obligation lorsqu'elle dépend de la pure volonté de celui qui s'est engagé, en d'autres termes, si elle a été faite sous la condition : *Si voluero*. « *Nulla promissio potest consistere, quæ ex voluntate promittentis statum capit.* » (Fr. 108, D., *De verborum obligationibus*, 45, 1.) C'est en ce sens que Pothier aussi a compris la règle. (*Tr. des obligations*, n° 205.) Mais une obligation contractée sous une condition *potestative de la part* de celui qui s'oblige n'est pas identique avec une obligation dont l'effet dépend de la seule volonté du débiteur; autrement toute clause pénale serait nulle. Je vous vends ma maison, si, dans le mois, je change de domicile. Je suis libre de changer de domicile, c'est une con-

dition potestative de ma part. Néanmoins ma volonté est enchaînée, en ce sens que je ne puis plus changer de domicile sans que la vente ait lieu. La convention est valable. Elle serait nulle dans le cas où je vous avais vendu la maison, « si je voulais ». (Cass. fr., 24 mars 1873, D. 1873, 1, 467; cass. belge, 18 janvier 1875, P. 1875, 85.)

Une convention est toujours valable lorsqu'elle a été contractée sous une condition placée entièrement dans la volonté d'un tiers (arg. art. 1592).

100. Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût (art. 1175).

Autrefois. les jurisconsultes ont agité la question de savoir si les conditions doivent s'accomplir *in formâ specificâ*, c'est-à-dire littéralement, ou *per æquipollens*, c'est-à-dire d'une manière équivalente.

Le code, en décidant la question comme il l'a fait, a suivi l'opinion de Pothier (*Oblig*. n° 206), d'après lequel il faut s'attacher plutôt à la volonté commune des parties qu'aux expressions dont elles se sont servies. Pothier donne ces exemples : la condition est de *donner* 1,000 *francs à Paul*. Paul est mineur. Elle est accomplie selon l'intention des parties, si la somme de 1,000 francs a été payée au tuteur de Paul. Ou bien, la condition est de donner 25 louis à Pierre. Elle est ordinairement accomplie par le payement de cette somme à Pierre, alors même qu'elle serait acceptée en espèces d'argent. Cette somme devrait être payée en or, s'il résultait de la convention que les parties ont entendu procurer à Pierre des pièces d'or. (Demante, n° 95; Colmet de Santerre, t. V, n° 95 *bis*.)

Au reste, la disposition de l'article 1175 est une application des règles générales sur l'interprétation des conventions (articles 1156 et suiv. (*Suprà*, n° 40.)

Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas (art. 1176). Lors-

qu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'événement soit arrivé : elle l'est également si, avant le terme, il est certain que l'événement n'arrivera pas ; et s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas (art. 1177).

La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement (art. 1178).

Cette dernière règle ne s'applique pas au cas où l'accomplissement de la condition dépend *légalement* de la volonté du débiteur, d'après la stipulation, comme dans l'exemple cité au n° 99. La loi suppose un empêchement illicite de la part du débiteur conditionnel. (Cass. fr., 6 déc. 1875, D., 1876, 1, 131.)

101. On distingue trois périodes relativement à l'accomplissement de la condition : 1° lorsque la condition est encore en *suspens* (*pendente conditione*). L'obligation qui en dépend est aussi en suspens, et l'exécution ne peut pas en être demandée ; si le débiteur l'a exécutée, il peut répéter comme indûment payé ce qu'il a payé (*condictio indebiti*). Mais le créancier peut exercer tous les actes conservatoires de son droit (art. 1180) ; par exemple il pourrait faire transcrire une acquisition conditionnelle, faire inscrire une hypothèque conditionnelle, interrompre la prescription des créances dues par le débiteur du débiteur ; intenter une action en reconnaissance d'écriture ou de signature. Mais il ne pourrait pas demander une condamnation *in futurum*, ni pratiquer une saisie-arrêt (Colmet, n° 99 *bis*, I, II) ; 2° lorsque la condition s'est accomplie (*existente conditione*) (voy. n°s 103-106) ; 3° lorsqu'elle est défaillie (*deficiente conditione*). La convention est censée non avenue, et ne peut produire aucun effet.

III. EFFETS DE L'ACCOMPLISSEMENT DES CONDITIONS.

102. Principe général : la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel la convention a été contractée. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier (art. 1179).

A. *De la condition suspensive* (art. 1182).

103. Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, c'est-à-dire, lorsque l'efficacité de la convention dépend d'un événement futur et incertain, la chose qui en fait l'objet demeure aux risques du débiteur, qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'arrivée de la condition.

Si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte, ou, à proprement parler, il n'y a plus de convention, parce qu'il n'y a plus d'*objet*.

Si la chose s'est détériorée *par la faute* du débiteur, le créancier a le droit, ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts, conformément aux principes généraux.

Si la chose s'est détériorée *sans la faute* du débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix. Cette règle est contraire au principe que la chose est aux risques du créancier et au principe de la rétroactivité de la condition. Elle s'écarte du droit romain (fr. 8, pr., D., *De peric. et comm.*, 18, 6), d'après lequel le créancier doit accepter la chose en l'état où elle se trouve au moment de l'accomplissement de la condition, si elle n'a pas été détériorée par la faute du débiteur.

Bigot-Préameneu, dans l'Exposé de motifs, nº 68 (Locré, XII, 341), a donné pour raison de ce changement que « la disposition du droit romain ne s'accorde pas avec le principe suivant lequel, dans le cas de condition suspensive, il n'y a point de transport de propriété. Ce doit être aux risques du débiteur *encore propriétaire* que la chose diminue ou se détériore, par la même raison que ce serait *à ses risques qu'elle périrait* ». Cette raison n'est pas juste ; car, si la chose périt, la convention même est éteinte, comme manquant d'objet ; et si la chose ne périt pas, le créancier en a été rétroactivement propriétaire ; il a donc dû en porter les risques.

104. Il y a controverse sur le point de savoir à qui appartiennent les fruits perçus depuis le moment de la conclusion du contrat jusqu'au jour de l'accomplissement de la condition (*fruc-*

tus medii temporis). Ces fruits appartiennent au créancier de la chose, en vertu de l'effet rétroactif de la condition (art. 1179). — Toullier, t. VI, n[os] 541, 545 et 546, et Duranton, t. VI, n° 82, sont d'un avis contraire. Mais les articles 549 et 550, invoqués par Toullier, ne sont pas applicables ici, et Duranton donne une trop grande extension à la disposition exceptionnelle de l'article 1182, alinéa 3, laquelle déroge au principe de la rétroactivité de la condition. (Voy. Zachariæ, § 302, 2°.)

B. *De la condition résolutoire* (art. 1183, 1184).

105. Lorsque la condition résolutoire s'accomplit, elle opère *ex tunc*, c'est-à-dire avec effet rétroactif. La partie dont le droit se trouve résolu doit restituer la chose avec tous ses accessoires et avec les fruits, sauf les exceptions établies par la convention ou par la loi, par exemple art. 1682. Toutes les charges établies sur la chose, ainsi que les aliénations, tombent.

106. Quant à la manière dont la condition résolutoire opère son effet, il faut distinguer entre la condition résolutoire *expresse* et le *pacte commissoire* de l'article 1184. La condition résolutoire expresse, autre que le pacte commissoire, exerce son effet de plein droit, dès le moment où elle est accomplie. Car telle est la volonté des contractants. Il n'est pas nécessaire de faire prononcer la résolution en justice (art. 1183, alin. 1).

Le pacte commissoire (*pactum commissorium* ou *lex commissoria*) est la clause par laquelle les parties conviennent que le contrat sera résilié si l'une ou l'autre d'entre elles ne satisfait point à son engagement. Cette clause peut être *expressément* ajoutée au contrat, ou être *tacite*. Elle est tacite dans toutes les conventions synallagmatiques (art. 1184, alin. 1). En droit romain, cette règle n'existait pas. Chacun des contractants avait contre l'autre une action en *exécution* du contrat, et il ne pouvait en demander la *résolution* que lorsque ce droit avait été formellement stipulé. Semblable stipulation s'appelle *pactum commissorium* ou *lex commissoria*. Cette règle fut suivie dans la plupart des provinces du droit écrit, et, dans le parlement de Toulouse, elle fut même observée jusqu'à la promulgation du code. (Demolombe, XXV, n° 486.)

Il en fut autrement dans les provinces coutumières. On y suivait d'abord les principes du droit romain (Pothier, *Vente*, n° 476). Mais la jurisprudence se départit de la rigueur de ces principes, et admit le vendeur à demander la résolution de la vente pour défaut de payement du prix, quoiqu'il n'y eût pas de pacte commissoire.

Seulement il y avait cette différence-ci. Lorsqu'il y avait un pacte commissoire, le juge, sur la demande du vendeur, prononçait d'abord la résolution du contrat et permettait au vendeur de rentrer en possession de la chose vendue ; tandis que, s'il n'y avait pas de pacte commissoire, le juge, sur la demande du vendeur, prononçait une première sentence, par laquelle il fixait un délai dans lequel l'acheteur devait payer le prix, et après l'expiration duquel le vendeur pouvait entrer en possession de sa chose. (Pothier, *Vente*, n° 476 ; *Obligations*, n° 672 ; Demolombe, XXV, n° 487.) Ce passage de Pothier explique le tempérament admis dans l'art. 1184 à la fin, qui donne au juge le pouvoir d'accorder un délai.

Qu'elle soit expresse ou tacite, elle n'opère pas la résolution du contrat de *plein droit*, à moins d'une disposition formelle de la loi (par exemple, art. 960, 1657), ou que les parties ne soient convenues, en termes formels ou en termes équivalents, que la résolution aurait lieu *de plein droit*. Alors le juge ne peut pas accorder un délai. (Cass. fr., 2 juillet 1860, D., 1860, 1, 284 ; cass. belge, 13 août 1868, B. J. t. 26, 1153.) Indépendamment de ce cas, la résolution du contrat n'a lieu qu'en vertu du jugement qui la prononce, conformément à l'article 1184, alin. 2, 3. (Cass. fr., 12 déc. 1876, D., 1877, 1, 228.)

La condition résolutoire résultant du pacte commissoire n'est censée accomplie qu'autant que le débiteur se trouve en demeure.

La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

Le juge peut accorder au défendeur un délai selon les circonstances, pour exécuter son obligation. C'est une disposition d'équité et d'humanité. (Exposé de motifs, n° 70 ; Favard, Rapp. au Tribunat, n° 61, Locré, XII, 343, 439.)

SECTION II.

DES OBLIGATIONS A TERME (art. 1185-1188.)

---

107. Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution (art. 1185). L'adage: *Qui doit à terme ne doit pas*, veut dire que le débiteur ne peut pas être poursuivi *avant* le terme.

Le terme peut être *certain* ou *incertain* (*incertus quando*); mais, dans les deux cas, il faut qu'il arrive *nécessairement*. Lorsqu'il est incertain, non-seulement *quand* le terme arrivera, mais aussi *s'il* arrivera (*incertus an et quando*), il forme une véritable *condition*.

108. Ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété (art. 1186). Le créancier à terme peut faire des actes conservatoires, puisque même le créancier conditionnel le peut. (Voy. *suprà*, n° 101.) Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier (art. 1187).

109. Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il a données par le contrat à son créancier (art. 1188). La déchéance du bénéfice du terme n'a lieu au profit du créancier que lorsque des *sûretés particulières* lui ont été promises. (Metz, 16 déc. 1868, D., 1869, 2, 206; cass. fr., 4 janvier 1870, D., 1870, 1, 11; Brux., 17 mai 1878, P., 1878, 234.)

La faillite entraîne la déchéance du terme, parce qu'elle fait craindre que les créanciers ne puissent être payés intégralement; et puis, il importe, pour arriver à la liquidation de la faillite, que tous les créanciers puissent exercer leurs droits immédiatement, pour ne pas retarder indéfiniment les opérations de la faillite, ou ne pas distribuer l'actif entre les créanciers dont les créances sont échues.

SECTION III.

DES OBLIGATIONS ALTERNATIVES (art. 1189-1196)

I. DÉFINITION.

110. Il y a obligation alternative lorsque, de deux ou de plusieurs prestations déterminées, le débiteur doit faire l'une ou l'autre. Il est libéré en faisant l'une de ces prestations (art. 1189, 1196). L'article 1189 dit *choses;* mais un fait peut aussi être objet de l'obligation alternative.

111. Il ne faut pas confondre l'obligation *alternative* avec l'obligation dite *facultative.*

L'obligation est appelée facultative lorsqu'elle n'a pour objet qu'une *seule* et même prestation, et que le débiteur a la faculté de se libérer en remplaçant cette prestation par une autre (*non est in obligatione sed in solutione*); par exemple, dans les cas des articles 891, 1681, 2168 (loi belge du 16 décembre 1851, art. 98). De là découlent plusieurs conséquences : 1° si la chose qui est l'objet de l'obligation a péri par cas fortuit, l'obligation est éteinte; 2° le créancier ne peut *intenter sa demande* que pour l'objet principal de l'obligation, et non pas pour l'objet que le débiteur a la faculté de payer; 3° pour déterminer le caractère de l'obligation, par exemple si elle est divisible ou indivisible, mobilière ou immobilière, il faut seulement avoir égard à l'objet principal de la prestation; ainsi, par exemple, l'action en rescision de la vente d'un immeuble, pour cause de lésion, est immobilière; 4° l'obligation est nulle lorsque la prestation principale ne peut pas être l'objet de l'obligation.

II. EFFETS DE L'OBLIGATION ALTERNATIVE.

112. Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été accordé par la convention au créancier (art. 1190). Celui qui a le choix le transmet à ses héritiers. Le débiteur ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une ou de l'autre chose (art. 1191). Mais si l'objet de l'obligation alternative consiste en

prestations *annuelles*, par exemple en une rente ou pension, le débiteur peut choisir chaque année l'une ou l'autre des choses alternativement dues, parce qu'il y a autant d'obligations distinctes que d'années. (Fr. 21, § 6. D., *De actionibus emti venditi*, 19, 1; Liége, 21 mars 1868, P., 1868, 407.) Le créancier, s'il a le choix, ne peut pas demander une partie de l'une et une partie de l'autre chose.

Ces deux règles s'appliquent aussi au cas où il y a plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers d'une dette alternative, ou plusieurs héritiers de l'un ou de l'autre. Dans ce cas, ils doivent se mettre d'accord sur l'option.

113. L'obligation alternativement contractée est ou devient pure et simple : 1° si l'une des deux choses ne pouvait pas, ou si, de plusieurs choses, une pouvait seulement être l'objet de l'obligation. Motif : Si le débiteur a regardé comme pouvant être l'un des objets de l'obligation ce qui n'en était pas susceptible, c'est un fait qu'il ne peut imputer au créancier, à moins qu'il n'y ait fraude de la part de ce dernier, ou que ce dernier n'ait su que la chose ne pouvait être stipulée; alors l'obligation est *nulle* (arg. art. 1227). (Exposé de motifs, n° 77, Locré, XII, 344.)

2° Si le débiteur a fait le choix accepté par le créancier, ou si le créancier a fait le choix accepté par le débiteur.

114. De la perte des choses alternativement dues.

I. *Par cas fortuit :* 1° si toutes les choses ont péri, le débiteur est libéré (art. 1195, 1302; 2° si l'une des deux choses a péri, l'autre seule est due (art. 1193, 1194). Le code, en disant, dans l'article 1193, alin. 1, que le prix de la chose périe ne peut pas être offert à sa place, décide une controverse du droit romain.

II. *Par la faute du débiteur*. Distinguez :

A. Le *débiteur* a le choix : 1° s'il détruit une chose, il en a le droit, et celle qui subsiste est seule due. S'il fait périr cette dernière, il en doit la valeur; 2° si dans le même cas, la deuxième chose vient à périr par cas fortuit, le débiteur doit payer la valeur de cette dernière (art. 1193, alin. 2). A la rigueur, le débiteur devrait être libéré dans ce cas. Mais cette disposition était déjà suivie en droit romain, *contre la rigueur du droit*, parce que le débiteur, en détruisant l'une des deux choses, rendait les chances du créancier plus mauvaises en aggravant ses risques du cas for-

tuit. (Fr. 95, § 1, D., *De solutionibus*, 46, 3.) La loi considère le débiteur qui a détruit une chose comme ayant accepté les risques de celle qui reste.

B. Le *créancier* a le choix. Si l'une ou toutes les choses ont péri, il peut exiger ou celle qui subsiste, ou la valeur de celle qui a péri (art. 1194). Cette disposition de l'article 1194, alin. 3, a été à juste titre, objet d'une vive critique. Elle ne peut s'expliquer que par la précipitation avec laquelle le code a été fait et par une assimilation irréfléchie au cas prévu dans l'article 1193, alin. 2. (*Suprà,* sous la lettre A.) Elle est contraire aux principes.

En effet, supposons que le débiteur soit en faute à l'égard de la chose qui a péri la *première*. Sa faute ne peut priver le créancier de son choix ; cela est évident. Mais si la seconde chose périt par cas fortuit, pourquoi le débiteur serait-il obligé à en payer la valeur, puisque ce n'est pas lui qui l'a détruite? Il n'y a pas d'analogie entre ce cas et celui de l'article 1193, alin. 2. Car, dans ce dernier cas, le débiteur avait le *droit* de détruire cette chose, et c'est pour ce motif que le créancier ne pouvait en réclamer la valeur. Mais, il n'y a pas d'analogie entre ces deux hypothèses; le débiteur, en aggravant par cette destruction les risques du créancier, est censé se charger des risques de la seconde. Dans notre hypothèse, la destruction de la première chose donne au créancier, en vertu de son choix, le droit d'en demander la valeur. Il n'est donc pas juste que le débiteur porte les risques de la seconde.

Supposons maintenant que la *première* chose ait péri par cas fortuit; l'obligation est devenue pure et simple; et à aucun point de vue on ne saurait justifier la décision de l'article 1194, alin. 3. Comment la faute du débiteur, à l'égard de la seconde chose, peut-elle priver le créancier de son choix, que le cas fortuit lui avait déjà enlevé, et comment peut-elle obliger le débiteur à réparer une perte qu'il n'a pas causée? (Colmet de Santerre, t. V, n° 121 *bis*, I.)

III. *Par la faute du créancier*. Distinguez :

A. Le *créancier* a le choix : 1° l'une des deux choses périt, la perte tient lieu de choix et de payement ; 2° elles périssent toutes. La première perte tenant lieu de payement, il doit la valeur de

celles qui ont péri les dernières. (Arg. fr. 105, D., *de verb. oblig.* 45, 1 ; fr. 95, pr. D., *De solutionibus*, 46, 3.)

B. Le *débiteur* a le choix : 1° une chose périt : le débiteur peut se tenir pour libéré, s'il veut; mais il peut aussi réclamer la valeur de la chose qui a péri et payer au créancier celle qui reste (fr. 105, D., *De verb. oblig.* 45, 1; fr., 55, D., *De lege Aquilia*, 9, 2); 2° elles périssent toutes : le débiteur peut réclamer la valeur de celle qu'il voudra; 3° la première a péri par la faute du créancier et l'autre par cas fortuit : le débiteur est libéré et peut demander la valeur de la première.

Ces règles s'appliquent également lorsque plus de deux choses sont comprises dans l'obligation alternative (art. 1196).

SECTION IV.

DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES (art. 1197-1216).

I. NOTIONS GÉNÉRALES.

115. Une obligation peut être imposée à un seul débiteur au profit d'un seul créancier. Dans ce cas, elle est appelée *unique*. Elle peut être imposée à *plusieurs débiteurs* ou au profit de *plusieurs créanciers* (art. 1101); en ce cas, elle est appelée *multiple*.

116. L'obligation multiple peut être *conjointe* ou *solidaire*. Elle est conjointe lorsque, de plusieurs créanciers, chacun n'est créancier que pour une part ou, de plusieurs débiteurs, chacun n'est débiteur que pour une part, de sorte que chaque créancier ne peut exiger et que chaque débiteur n'est tenu de payer que cette part. C'est comme s'il y avait autant de créances ou de dettes distinctes les unes des autres.

L'obligation est *solidaire* lorsque chaque créancier a le droit d'exiger la totalité de la créance (art. 1197) ou lorsque chaque débiteur est tenu de la totalité de la dette (art. 1200).

117. L'obligation peut être solidaire entre les *créanciers* ou entre les *débiteurs*. L'obligation n'est solidaire, dans l'un ou dans l'autre sens, que lorsque la convention, ou une disposition de

dernière volonté ou la loi (par exemple, art. 395, 396, 1033, 1442, 1734, 1887; code pénal, art. 55) lui attribue expressément ce caractère (art. 1197, 1202).

II. DE LA SOLIDARITÉ ENTRE LES CRÉANCIERS (art. 1197-1199).

118. Nature de cette solidarité. — La loi ne prévoit aucun cas de solidarité entre créanciers. Elle ne peut résulter que de la stipulation des parties ou d'un acte de dernière volonté.

A la différence du droit romain, le code part de l'hypothèse que plusieurs créanciers solidaires sont associés, et que l'un doit être considéré comme mandataire de l'autre pour le payement. C'est pour cela qu'il suppose que le bénéfice de l'obligation se partage entre eux. Ce principe n'est pas formellement énoncé, mais nous en trouvons partout les conséquences (art. 1197). Il en était autrement en droit romain, où, en principe, chaque créancier était maître de la créance.

M. Demante, n° 128, dit avec raison :

« On ne la conçoit guère qu'en supposant plusieurs créanciers dans une créance, qui, pour en faciliter le recouvrement et assurer la conservation du droit de tous par la diligence d'un seul, se donnent, à cet effet, le pouvoir d'agir les uns pour les autres. »

119. Effets de cette solidarité. — Chacun des créanciers a le droit de demander le payement du total de la créance, et le payement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers (art. 1197). Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux (art. 1198, alin. 1). Un créancier peut avoir un intérêt à poursuivre directement le débiteur, afin de ne pas avoir à exercer son recours contre un de ses cocréanciers, qui aurait agi le premier; il aura alors « l'avantage de tenir au lieu de *courir* ». (Colmet de Santerre, t. V, n° 129 *bis*.) Tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers (art. 1199) (L. 5, C. *De duobus reis*, 8. 40.) La demande d'intérêts formée par l'un des créanciers solidaires fait courir les intérêts au profit des autres (arg. art. 1199, 1206, 1207).

Le débiteur est libéré s'il a payé à l'un des créanciers solidaires, ou s'il a compensé avec l'un des créanciers. M. Laurent n'admet pas la compensation (t. XVII, nº 268).

Mais après la poursuite par l'un des créanciers, le débiteur peut-il encore opposer à ce créancier la compensation de ce qu'un autre créancier lui doit? Ce point est controversé. Nous croyons qu'il ne peut plus opposer la compensation. Il est vrai qu'aucun texte de loi ne le défend formellement, mais cette prohibition se trouve virtuellement dans d'autres dispositions. L'article 1198 défend au débiteur, déjà poursuivi par un des créanciers, de payer à un autre. Or, compenser, c'est une manière de payer. Le débiteur qui oppose la compensation prend, en quelque sorte, dans la caisse de son créancier, pour le payer, ce que ce créancier lui doit. De plus, le motif pour lequel le *débiteur solidaire* ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur (art. 1294, alin. 3; voy. *infrà*, nº 249) s'applique avec la même force à la compensation que le débiteur oppose à un créancier solidaire autre que celui qui le poursuit. (Colmet, t. V, nº 129 *bis*.)

Toutefois, par le motif que la compensation n'est pas *défendue* dans ce cas, il a été décidé qu'il suffit que l'un des créanciers solidaires se trouve, à un moment donné, débiteur du débiteur commun, pour que leurs dettes réciproques soient instantanément éteintes jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. (Cass. belge, 13 juin 1872, P., 1872, 300.)

119 *bis*. Quant à *la remise* qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, elle ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier. Il en est de même de la libération par suite de *transaction*, d'un *compromis* ou de la délation du *serment litisdécisoire* (art. 1365, alin. 2). Car le serment litisdécisoire est une transaction, et, en règle générale, le mandataire (voy. nº 118) n'a pas pouvoir pour transiger.

Domat et Pothier sont d'avis que le créancier peut faire remise de la dette, parce qu'il peut l'*exiger*. Le code n'a pas admis cette idée, d'abord par la raison qui précède, et de plus, afin que l'un des créanciers ne puisse pas frauder ses cocréanciers, soit en vendant la créance à vil prix, soit en donnant libération par suite d'un concert avec le débiteur. (Mouricault, Rapport au Corps législatif, nº 33, Locré, XII, 564-565.)

Mais la *novation* faite entre le débiteur et l'un des créanciers solidaires peut-elle être opposée aux autres créanciers? La question est controversée. Oui, dit-on, parce que la novation est une espèce de payement, analogue à la compensation; ce n'est pas une libération à *titre gratuit*, ni en tout, comme la remise, ni en partie, comme la transaction. On invoque l'article 1281 portant que, par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés.

Le créancier solidaire ne peut pas faire novation. Car le créancier a reçu de ses cocréanciers seulement le mandat de recevoir *payement*, c'est-à-dire la prestation *de ce qui est dû*, mais non de recevoir en payement une nouvelle créance. L'argument tiré de l'article 1281 ne tient pas. Car le créancier qui fait novation avec un des débiteurs solidaires est maître de son droit; et le débiteur solidaire qui consent à la novation éteint la dette, sans en imposer une nouvelle à ses codébiteurs. (Laurent, t. XVII, n° 269.)

Le jugement intervenu entre le débiteur et l'un des créanciers solidaires peut être opposé aux autres et être invoqué par eux, lorsqu'il a pour objet *l'existence même de la dette*, et non-seulement la qualité personnelle du créancier (arg. art. 1365, alin. 6).

Lorsque la prescription a été suspendue par la minorité de l'un des créanciers, les autres ne peuvent pas s'en prévaloir. Car le mineur n'a pas agi, il n'y a pas eu *interruption* de la prescription.

120. L'obligation n'est pas solidaire envers les héritiers de l'un des créanciers solidaires. Ainsi le débiteur peut opposer aux héritiers l'exception de division; et, par la même raison, l'acte interruptif de la prescription, fait au profit d'un héritier de l'un des créanciers solidaires, ne l'interrompt pas en faveur des autres héritiers et ne l'interrompt, au profit des autres créanciers solidaires, que jusqu'à concurrence de la part de cet héritier dans la totalité de la créance.

III. DE LA SOLIDARITÉ DE LA PART DES DÉBITEURS (art. 1200-1216).

A. *Définition de cette solidarité.*

121. Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés *à une même chose*, de manière que chacun puisse être

contraint pour la totalité, et que le payement fait par un seul libère les autres envers le créancier (art. 1200). L'obligation peut être solidaire quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au payement de la même chose : par exemple, si l'un n'est obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple, ou si l'un a pris un terme qui n'est point accordé à l'autre (art. 1201). Il y a alors *unité* de l'objet ou de la dette, mais pluralité de liens. De même l'un des débiteurs peut être incapable de contracter, et son incapacité n'influe pas sur la validité de l'engagement des autres.

La solidarité ne *se présume* pas. Elle doit être stipulée d'une manière *expresse,* mais non en termes *solennels* (art. 1202). Ainsi, par exemple, lorsqu'un billet rédigé au nom de plusieurs conjointement, sans expression de solidarité, porte les signatures des souscripteurs avec le *Bon* ou *Approuvé* pour la totalité de la somme, l'obligation est purement conjointe et non solidaire. Le *Bon* se réfère au texte du billet sans préjudice de la *division;* chaque débiteur est censé ne promettre que sa part. (Bruxelles, 6 juillet 1867; B. J., t. 26, 741.)

La solidarité peut aussi résulter de la loi. (Voy. nº 117.)

B. *Des effets de la solidarité.*

1. DES RAPPORTS ENTRE LES DÉBITEURS ET LE CRÉANCIER.

122. 1º En ce qui concerne la *poursuite* des débiteurs. Le créancier peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division (art. 1203). Les mots *sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division* ont été ajoutés pour rejeter une interprétation erronée que quelques auteurs faisaient, sous l'ancien droit, de la novelle 99, et qui consistait à prétendre que le bénéfice de division, que cette novelle accorde aux cofidéjusseurs (art. 2026), devait être étendu à tous les débiteurs solidaires. (Voy. Maynz, *Dr. rom.*, § 263, note 32.)

Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres (art. 1204). Le débiteur peut avoir intérêt à mettre ses codébi-

teurs en cause, pour faire en même temps statuer sur son recours (art. 1213, 1214). Il peut les mettre en cause, mais il ne peut pas demander un délai (voy. C. de proc., 175), à la différence du cas de l'article 1225. Les héritiers d'un des codébiteurs ne sont pas tenus solidairement, mais chacun seulement pour sa part héréditaire.

123. 2° Quant à la perte de la chose, il faut distinguer : si la chose a péri par *cas fortuit,* la dette est éteinte et tous les débiteurs sont libérés (art. 1302) ; si la chose due a péri par la faute, ou *pendant la demeure* de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs *ne sont point déchargés* de l'obligation de payer le prix de la chose ; mais ceux-ci ne sont *point tenus des dommages et intérêts.* Fr. 18, D., *De duobus reis,* 45, 2 : *Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.* Le créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts, tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure (art. 1205 et 1302). Cette disposition est conforme au droit romain; fr. 173, D., *De regulis juris,* 50, 17 et fr. 32, § 1, D., *De usuris,* 22, 1 : « *Sed si duo rei promittendi sunt, alterius mora alteri non nocet.* » L'obligation de l'un est continuée par la faute ou la demeure de l'autre; mais les effets *particuliers et accidentels* de la demeure ou de la faute de l'un, c'est-à-dire les dommages et intérêts ne frappent pas l'autre.

Quelle est la raison juridique de cette décision, contraire à la règle que le *fait d'un tiers* est pour le *débiteur un cas fortuit,* règle admise et formellement énoncée par Pothier, *Obligat.*, n° 273 : « Si Pierre et Paul avaient vendu sans solidarité, Pierre seul serait tenu de sa faute, et Paul, par la mort du cheval, quoique arrivée par la faute de Pierre, serait entièrement quitte de son obligation, et ne demeurerait pas moins créancier de la moitié du prix pour lequel le cheval a été vendu, de même que si le cheval était mort par un cas purement fortuit. »

Pothier, après avoir énoncé la règle reproduite dans l'article 1205, en formule ainsi la raison : « Car la dette de chacun d'eux étant une seule et même dette, elle ne peut pas subsister à l'égard de l'un, et être éteinte à l'égard des autres ; c'est ce que décide la loi *pénult.* (18), D., *De duobus reis,* 45, 2.

Il est évident que cette raison, telle qu'elle est formulée, n'est pas juste. Une seule et même dette peut exister à l'égard de l'un et être éteinte à l'égard de l'autre.

M. Maynz, § 186, note 24, donne pour raison que dans ce cas l'*impossibilité d'exécution ne provient pas d'un pur cas fortuit*. Mais cela prouve trop, car si telle était la vraie raison, le débiteur ne devrait *jamais* être libéré par la perte de la chose, toutes les fois que cette perte serait arrivée par le fait d'un tiers, tandis que le contraire est vrai, ainsi que le dit Pothier.

Nous essayerons de formuler la raison de cette décision. Par la solidarité, non-seulement chacun des débiteurs contracte pour lui l'obligation de prester ce qui fait l'objet de la dette, mais il se charge, dans la même limite, de l'obligation de son *codébiteur;* il est à la fois débiteur *principal* et, en quelque sorte, *la caution* de son codébiteur. Or, chacun étant tenu de la dette de l'autre, il demeure obligé si l'exécution de l'obligation est devenue impossible par la faute de son codébiteur, comme si elle était devenue impossible par sa propre faute.

Mais il ne contracte la dette du codébiteur que dans les limites de la prestation *telle qu'elle est au moment du contrat*, et ne se charge pas des aggravations ou des effets accidentels qui peuvent résulter du fait ou de la faute de son codébiteur. Il reste tenu des suites de sa propre faute, mais non des suites de la faute de son codébiteur.

C'est pourquoi il n'est pas tenu des dommages-intérêts résultant de la *faute* ou de la *demeure* de son codébiteur. (Fr. 173, D., *De R. I.*, 50, 17; fr. 32, § 4, D., *De usuris*, 22, 1.) En cela, le droit romain est plus conséquent que le code.

C'est ce que Pothier dit en ces termes :

« La faute ou la demeure de l'un des débiteurs solidaires préjudicie, à la vérité, à ses codébiteurs *ad conservandam et perpetuendam obligationem;* mais la faute, le fait ou la demeure de l'un d'eux ne préjudicie pas aux termes *ad augendam ipsorum obligationem*, c'est-à-dire qu'il n'y a que celui qui a commis la faute, ou qui a été mis en demeure, qui doive être tenu des dommages-intérêts qui peuvent résulter de l'inexécution de l'obligation, outre la valeur de la chose due. »

124. 3° Quant à la *prescription :* Les poursuites faites contre

l'un des débiteurs solidaires ou sa reconnaissance interrompent la prescription à l'égard de tous, et même contre les héritiers de chacun (art. 1206, 2249, alin. 1). Cette thèse était pendant longtemps l'objet d'une controverse parmi les anciens jurisconsultes romains (*quærebatur*), ainsi que nous l'apprenons par une constitution de Justinien de l'an 531, qui l'a décidée en ce sens, par équité, comme elle dit (*pietate suggerente videtur esse humanum*). On comprend le doute des anciens jurisconsultes; car il est très-difficile de donner une *bonne* raison de cette disposition. Le motif donné par Justinien à la fin de sa loi 5, C. *De duobus reis*, 8, 40, n'est au fond qu'une phrase obscure et vide de sens. En voici le texte : « *Sit itaque generalis devotio et nemini liceat alienam indevotionem sequi, cum ex una stirpe unoque fonte unus effluxit contractus, vel debiti causa ex eadem actione apparuit.* »

Les auteurs modernes expliquent ainsi les règles d'après lesquelles la mise en demeure ou l'interruption de la prescription contre l'un des débiteurs les met tous en demeure ou interrompt la prescription à l'égard de tous :

« Les débiteurs solidaires se sont donné réciproquement mandat de se représenter dans leurs rapports avec le créancier. Donc ce qui a été fait à l'égard de l'un est censé avoir été fait à l'égard de tous. » C'est une explication peu satisfaisante; elle repose sur une pure fiction, et encore sur une fiction *contraire* à l'intérêt des débiteurs.

L'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire, ou la reconnaissance de cet héritier, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres cohéritiers, quand même la créance serait hypothécaire, si l'obligation n'est indivisible. Cette interpellation ou cette reconnaissance n'interrompt la prescription à l'égard des autres codébiteurs, que pour la part dont cet héritier est tenu. Pour interrompre la prescription pour le tout, à l'égard des autres codébiteurs, il faut l'interpellation faite à tous les héritiers du débiteur décédé, ou la reconnaissance de tous ces héritiers (art. 2249).

125. 4° En ce qui concerne les *intérêts moratoires*, la demande formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous (art. 1207). Cette disposition est une exception au principe admis dans l'article 1205 (n° 123); elle est

contraire au droit romain et à l'ancienne jurisprudence. Les auteurs du code ont assimilé les effets de la mise en demeure nécessaire pour faire courir les intérêts moratoires, aux effets de l'interruption de la prescription. « En interrompant la prescription à l'égard de l'un des codébiteurs », dit l'Exposé de motifs, n[os] 91 et 92, « le créancier conserve son droit, non-seulement à la totalité, mais encore à l'égard de la solidarité de la créance. En agissant contre l'un, il a usé de son droit contre tous. C'est *par les mêmes motifs* que, quand le créancier a formé une demande d'intérêts contre l'un des débiteurs solidaires, les intérêts lui sont adjugés contre tous. »

Mais les effets de l'interruption de la prescription et ceux de la mise en demeure ne sont pas les mêmes, bien qu'ils puissent résulter du même acte; la première tend à la *conservation de l'obligation originaire,* la seconde a pour but d'imposer au débiteur une *obligation nouvelle*. (Zachariæ, § 298 3°, note 12.)

126. 5° Quant à la *confusion* : lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier (art. 1209).

127. 6° Quant aux *exceptions* ou moyens de défense que les débiteurs peuvent opposer; chaque débiteur peut opposer les exceptions qui *lui* sont personnelles. Il faut considérer comme telles les exceptions résultant de la manière spéciale dont il est obligé, par exemple, d'un terme ou d'une condition stipulée seulement en sa faveur (art. 1201); ou de *son* incapacité personnelle, ou des vices dont son consentement personnel est entaché, ou de certains modes d'extinction dont la loi défend aux autres débiteurs de se prévaloir, par exemple, de la compensation (art. 1294, alin. 3), ou de la remise faite expressément en faveur d'un des codébiteurs seulement (art. 1285). L'un des codébiteurs ne peut pas opposer les exceptions purement personnelles à un autre codébiteur (art. 1208, alin. 2).

Mais les exceptions qui *résultent de la nature de l'obligation*, par exemple, de l'absence de cause (art. 1131), de la stipulation d'un objet hors du commerce (art. 1128), ainsi que celles qui sont *communes* à tous les codébiteurs peuvent être opposées par cha-

cun d'eux; par exemple, les exceptions tirées d'un mode d'extinction en général, comme de la novation (art. 1281, alin. 1), de la remise volontaire faite sans réserve (art. 1284, 1285, alin. 1), de la perte de la chose due (art. 1302), de la prescription; et les exceptions tirées d'une des présomptions de libération établies par la loi, par exemple du serment déféré à l'un des débiteurs solidaires sur l'existence même de la dette (art. 1365, alin. 4 et 6), ou d'un jugement, rendu en faveur du codébiteur, sur l'existence même de la dette (art. 1351).

128. 7° Quant à la *remise de la solidarité;* le créancier peut renoncer, soit expressément, soit tacitement, à la solidarité à l'égard de *tous* les codébiteurs solidaires ou seulement en faveur *d'un* ou de *quelques-uns* d'entre eux. Lorsqu'il renonce à la solidarité en faveur d'un des codébiteurs seulement, l'obligation reste solidaire à l'égard des autres, mais avec quelques modifications. (Voy. n° 129.)

Le créancier qui ne réserve pas la solidarité ou *ses droits en général* est censé remettre la solidarité au profit d'*un des codébiteurs :* 1° en *recevant la part* de l'un des codébiteurs ET en donnant *quittance pour sa part ;* mais le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur, lorsqu'il reçoit simplement de lui une *somme égale* à sa portion dans la dette (art. 1211); 2° s'il *demande* la part de l'un et que ce dernier acquiesce à cette demande, *ou* qu'il intervienne un jugement de condamnation pour cette part (art. 1211, alin. 3); 3° pour les intérêts et arrérages *échus* et dont un des codébiteurs a *payé* sa part, lorsque le créancier a reçu divisément et sans réserve la portion de ce codébiteur. Mais la solidarité continue d'exister à l'égard de *tous* les codébiteurs, tant pour les arrérages et intérêts à *échoir*, que pour ceux *échus*, dont ce codébiteur *n'a pas encore payé* sa part (article 1212); 4° pour le capital et pour tous les intérêts à échoir lorsque le payement divisé, ainsi qu'il vient d'être dit, a été continué pendant dix ans consécutifs (art. 1212).

129. Quels sont les *effets* de la remise de la solidarité faite au profit de l'un des codébiteurs? Il faut distinguer :

1° Lorsque le créancier a fait remise de la solidarité à l'un des codébiteurs qui a *payé sa part*, il ne conserve son action solidaire contre les autres que *déduction faite* de cette part. Car la

dette est partiellement éteinte, et le créancier ne peut pas recevoir deux fois (art. 1211, alin. 1). Le créancier est censé avoir renoncé à la solidarité à l'égard de l'un des codébiteurs, lorsqu'il a reçu divisément *sa part*, comme il a été dit au n° 128, 1°.

2° Il en est de même lorsque le créancier a fait *remise* au profit exclusif de l'un des codébiteurs, non-seulement de la *solidarité*, mais de la *dette même*, en réservant ses droits contre les autres (art. 1285). (Pothier, *Traité des obligations*, n° 275.)

3° Il en est encore de même si le créancier a *simplement déchargé* l'un des codébiteurs de la solidarité, soit par une convention expresse, soit en obtenant contre lui condamnation pour sa part (n° 128) sans qu'il y ait eu *payement partiel* (art. 1210).

Sous l'ancien droit, il y avait controverse sur la question de savoir si dans ces trois cas *tous les autres codébiteurs* solidaires étaient aussi déchargés de la solidarité, ou bien, s'ils continuaient d'être obligés *solidairement* pour tout ce qui n'avait pas été payé, c'est-à-dire, dans les cas indiqués sous les n°s 1 et 2, d'une *partie* de la dette ; dans le cas du n° 3, de toute la dette. Les auteurs qui se prononçaient pour la remise de la solidarité en faveur de *tous* les codébiteurs invoquaient la loi *Si creditores*, 18, C., *De pactis*, 2, 3. Les partisans de l'opinion contraire se fondaient sur deux règles, la première, que nul n'est présumé renoncer à ses droits, et que dès lors le créancier qui a renoncé à la solidarité en faveur de l'*un* des débiteurs, n'est pas réputé avoir renoncé en faveur de *tous ;* la seconde, c'est que les conventions n'ont pas d'effet à l'égard des tiers, et que l'acte par lequel le créancier décharge de la solidarité l'*un* des débiteurs, est chose tierce pour les autres. Cette opinion est celle de Pothier (*Oblig.*, n° 278). Elle est juste, et elle devrait être suivie en principe, de sorte que le créancier devrait avoir le droit de poursuivre la *totalité* de la dette contre les codébiteurs non déchargés de la solidarité.

Toutefois le texte de l'article 1210 dit que le créancier qui *consent* à la division de la dette conserve son action solidaire contre les autres débiteurs, mais *sous la déduction de la part* du débiteur qu'il a *déchargé* de la solidarité, et la généralité des termes laisse croire qu'il doit en être ainsi, quand même le débiteur affranchi de la solidarité n'aurait pas *payé* se part ; donc, quand *toute* la

dette existe encore. La comparaison de l'article 1210 avec les articles 1211 et 1212 confirme cette interprétation. (Voy. Exposé de motifs, n° 95; Rapport au Tribunat, n° 74; disc. au corps législatif, n° 33, Locré, XII, 353, 443, 564.)

130. Lorsque le créancier a, par son fait, rendu impossible la subrogation en faveur des autres débiteurs solidaires aux sûretés existant à son profit, du chef de l'un des codébiteurs, il ne peut plus exercer, que sous la déduction de la part de ce dernier, son action solidaire contre les autres débiteurs (arg. articles 2037 et 1382) (Pothier, n° 275).

2. DES RAPPORTS DES CODÉBITEURS SOLIDAIRES ENTRE EUX (art. 1213-1216).

131. La question de savoir si le débiteur solidaire qui a payé *toute* la dette a un recours contre ses codébiteurs n'est pas susceptible d'une solution générale; elle dépend du rapport juridique qui existe entre les codébiteurs, puisque plusieurs personnes peuvent être tenues solidairement envers le créancier, quand même la dette ne concerne que l'une d'entre elles personnellement.

132. Si l'obligation solidaire a été contractée dans l'intérêt commun des débiteurs, par exemple par deux associés, elle se divise de plein droit entre eux, et chacun d'eux n'en est tenu que pour sa part et portion dans l'affaire commune (art. 1213). Le débiteur qui l'a payée en entier ne peut répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux, afin d'éviter un circuit d'actions réciproques, lequel aurait lieu si chacun pouvait exiger contre son codébiteur la totalité de la dette sous déduction seulement de la part dont il serait personnellement tenu (art. 1214, alin. 1). Le codébiteur qui a payé ne peut exercer son recours que pour la part et portion de chacun, quand même il se serait fait conventionnellement subroger aux droits du créancier (arg. art. 875). Le payement partiel autorise le débiteur qui l'a effectué à exercer immédiatement son recours partiel contre ses codébiteurs. (Nancy, 21 février 1877, D., 1878, 2, 14.)

Si l'un des codébiteurs se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit par contribution entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement

(art. 1214, alin. 2). Il en est ainsi, même dans le cas où l'un des codébiteurs a été précédemment déchargé de la solidarité par son créancier (n° 128); car la convention intervenue entre le créancier et l'un des débiteurs ne peut pas préjudicier aux autres codébiteurs solidaires (art. 1215).

133. On se demande si le recours a lieu même dans le cas où la dette naît d'un délit, par exemple si plusieurs ont été condamnés solidairement envers quelqu'un au payement des dommages-intérêts, à raison d'un délit qu'ils ont commis ensemble? D'après le droit romain, il n'y avait pas de recours. (Fr. 1, § 4, D., *De tutela et rationibus*, 27, 3; fr. 6, § 3, D., *Mandati*, 17, 1.) Mais l'ancienne jurisprudence française accordait, en ce cas, à celui qui avait payé le total une action contre chacun de ses codébiteurs, pour répéter de lui sa part. On considérait cette action, non comme naissant du délit commis en commun, mais comme une espèce d'action *utilis negotiorum gestorum*, fondée sur le payement d'une dette commune et sur l'équité. (Pothier, *Oblig.*, n° 282, à la fin.) Il est probable, et la généralité des termes des articles 1213 et 1214 autorise cette supposition, que les auteurs du code ont voulu suivre l'ancienne jurisprudence. (Dalloz, *Rép.*, v° *Obligations*, n° 1477; Cologne, 24 mars 1868, *Archives rhénanes*, t. 61, I, 229.)

134. Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés, par rapport à lui, que comme ses cautions (art. 1216). Ce cas est régi par les principes sur le cautionnement. (Voy. *infrà*, tit. XIV.)

135. Dans tous les cas où l'un des codébiteurs solidaires a payé pour les autres, il peut demander les intérêts depuis le jour du payement, en vertu de l'article 2001 ou de l'article 2028, alinéa 2.

SECTION V.

DES OBLIGATIONS DIVISIBLES ET INDIVISIBLES (art. 1217-1225).

I. OBSERVATION HISTORIQUE. — DÉFINITION DE L'OBLIGATION DIVISIBLE ET INDIVISIBLE.

136. Dans cette matière, les auteurs du code ont, sauf quelques modifications, suivi la doctrine de Pothier (*Traité des obligations*, nos 287-339), qui, lui-même, a suivi le traité de Dumoulin (*Molinæus*) intitulé : *Extricatio labyrinthi dividui et individui.* Il faut donc chercher dans Pothier et Dumoulin, plutôt que dans les sources directes du droit romain, l'interprétation des règles du code civil. En droit romain, cette matière offrait encore un intérêt pratique particulier, à cause des principes rigoureux de la procédure sur la *plus petitio*. Aujourd'hui les peines de la *plus petitio* n'existant plus, cet intérêt a disparu.

137. Une obligation est *divisible* lorsque la prestation peut se faire *par parties*; elle est *indivisible* si la prestation *ne peut pas se faire par parties.*

Cette distinction est sans importance lorsqu'il n'y a qu'un seul créancier et un seul débiteur. Alors l'obligation doit être exécutée entre eux entièrement, comme si elle n'était pas susceptible de division, quand même elle le serait. Le débiteur ne peut pas forcer le créancier à recevoir un payement partiel : le créancier ne peut pas l'exiger non plus sans le consentement du débiteur (art. 1220, 1244, alin. 1).

La divisibilité n'a d'application que lorsqu'il y a, dès le principe, plusieurs débiteurs ou créanciers conjoints, ou lorsqu'un créancier ou un débiteur laisse plusieurs héritiers avant l'extinction de l'obligation (art. 1220, 1222, 1223.)

138. En règle générale, l'obligation contractée conjointement se divise entre plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers, et l'obligation unique se divise de plein droit entre les héritiers du débiteur et les héritiers du créancier (art. 1220). La division n'a pas lieu lorsqu'il y a une cause qui rend l'obligation *indivisible.*

139. L'obligation est indivisible : 1° lorsqu'une impossibilité *juridique* ou *physique* s'oppose à ce que l'objet de la prestation puisse être divisé intellectuellement, ou, en d'autres termes, lorsque la chose ou le fait ne sont par leur nature, et sous quelque point de vue qu'on les considère, nullement susceptibles de parties, et ne peuvent être ni stipulés ni promis par partie (art. 1217), *individuum natura et contractu*, d'après Dumoulin; *indivisibilité absolue*, d'après Pothier. Telles sont les obligations qui ont pour objet la dation d'une chose juridiquement indivisible; par exemple, l'obligation de constituer une servitude réelle ou d'en souffrir l'exercice, comme, par exemple, un droit de passage ou de vue; ou l'obligation de concéder une hypothèque ou de délaisser un immeuble hypothéqué. Telle est encore l'obligation de ne pas faire un voyage dans telle ou telle ville. Dans ces exemples, il est impossible de concevoir des parties des prestations mentionnées.

Mais une obligation n'est pas indivisible par cela seul qu'elle a pour objet une chose qui ne peut pas être matériellement ou physiquement divisée sans la destruction de sa substance, par exemple un cheval. Car, s'il est vrai qu'une chose semblable ne peut pas être divisée *matériellement*, elle peut se diviser intellectuellement; c'est-à-dire, on peut s'imaginer des parts aliquotes ou indivises d'un cheval. Un cheval peut appartenir à plusieurs copropriétaires, à chacun pour moitié, pour un tiers, et chacun des copropriétaires peut transférer la part indivise qu'il a dans la propriété de cette chose. Transférer sa part indivise, c'est faire sa prestation en partie. On peut alors provoquer le partage ou la licitation.

Les obligations *de faire* sont en général indivisibles, parce que ce qui n'est pas fait entièrement doit être considéré comme si ce n'était pas fait du tout. Il en est surtout ainsi lorsque le fait doit être exécuté par le débiteur en personne (art. 1237.) Mais l'obligation de faire serait divisible si le fait avait un caractère fongible, de manière à pouvoir être presté par un autre que par le débiteur personnellement.

Les obligations *de ne pas faire* sont en général aussi indivisibles, excepté dans les cas où ce que l'on s'est engagé à ne pas faire peut se faire pour une partie, et ne pas se faire pour l'autre

partie. Par exemple, quelqu'un a promis *amplius non agi*, de ne pas vous soulever un procès, ou de ne pas vous troubler dans la possession d'un fonds. Après la mort du promettant, un de ses héritiers peut exécuter cette promesse, tandis qu'un autre y con trevient en agissant dans les limites de sa part héréditaire. La promesse a été exécutée en partie et violée en partie.

140. L'obligation est indivisible : 2° lorsque la chose ou le fait qui en est l'objet, quoique *divisible par sa nature*, n'est pas susceptible d'exécution partielle à raison du rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation (art 1218.) Dumoulin l'appelle *individuum obligatione; « res, ut debita est non potest præstari vel solvi pro parte* », dit-il. Telle est, par exemple, l'obligation de construire une maison ou un bateau. Cette obligation n'est pas indivisible *contractu;* car il n'est pas impossible qu'elle se contracte par partie; mais elle est ordinairement indivisible *obligatione*. Dans l'obligation de construire une maison, on envisage moins le fait passager de la construction que son résultat final et permanent, c'est-à-dire la maison à construire; « ne pouvant donc y avoir de maison, qu'elle n'ait été entièrement construite, la forme et la qualité de la maison ne pouvant résulter que de la consommation de l'ouvrage, et ne pouvant pas y avoir de parties de ce qui n'existe pas encore; il s'ensuit que l'obligation de construire une maison ne peut s'accomplir que par la construction entière de la maison, et conséquemment que cette obligation n'est pas susceptible de parties et ne peut s'accomplir par parties », dit Pothier, n° 292.

Telle est aussi l'obligation de livrer un terrain destiné à une construction qui exige la totalité de ce terrain. Bien que l'obligation de livrer un terrain, abstraction faite de l'usage auquel il peut être destiné, soit divisible, elle cesse de l'être lorsque ce terrain, dans l'obligation, est envisagé comme destiné à un usage qui en exige la totalité; car on n'en peut rien retrancher sans qu'il cesse d'être la chose qui fait l'objet de l'obligation.

Par la même raison, il faut considérer comme *indivisibles* les obligations *alternatives* et les obligations *generis*, alors même que la prestation de chaque objet compris dans l'une ou l'autre de ces obligations serait divisible. Car autrement un des héritiers du ébiteur pourrait donner une partie de l'une, et un autre une

partie de l'autre des choses comprises dans l'obligation. Ce ne serait pas une exécution de l'obligation, puisque deux moitiés de deux choses différentes ne font pas une chose *entière* (Maynz, *Cours de droit romain*, § 192, note 7.) Ou bien un des héritiers du créancier pourrait demander une partie de l'une, et un autre une partie de l'autre des choses comprises dans l'obligation.

141. Les deux espèces d'obligations indivisibles définies sous les n°s 139 et 140 diffèrent entre elles en ce que dans les premières la prestation est indivisible *par sa nature,* et que l'on ne peut pas en concevoir la division ni juridique ou intellectuelle, ni matérielle (art. 1217); tandis que dans les secondes la prestation (la chose ou le fait) n'est pas indivisible *en elle-même,* mais seulement à raison du rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation, et qui ne la rend pas susceptible d'exécution partielle (art. 1218.)

142. Rapport et différence entre la solidarité et l'indivisibilité. Ce qu'il y a de commun entre ces deux espèces d'obligations, c'est que la totalité (*solidum*) de la prestation peut être exigée par chacun des créanciers contre chacun des débiteurs. Mais la solidarité est fondée sur le *titre* même de l'obligation, ou sur la loi, tandis que la cause de l'indivisibilité, c'est l'*objet* de l'obligation et l'impossibilité d'en faire la *prestation en partie.* Dans les obligations indivisibles, chacun des débiteurs ne *doit* à la rigueur que *sa part*, et chaque créancier ne peut exiger que *sa part*, et la totalité ne doit être payée et ne peut être exigée par un seul qu'à cause de l'impossibilité de la prestation partielle; tandis que, dans les obligations solidaires, chaque débiteur *doit* la totalité, et chaque créancier est *créancier de la totalité.*

Une obligation solidaire n'est pas indivisible, et une obligation indivisible n'est pas solidaire (art. 1219.) La différence principielle entre ces deux espèces d'obligations produit plusieurs conséquences pratiques.

II. DES EFFETS DE L'OBLIGATION INDIVISIBLE.

143. 1° Chaque créancier ou chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation et libérer le débiteur. Mais comme le créancier ne l'est pas pour la *totalité,* et

qu'il n'a *droit* qu'à sa part, il ne peut pas disposer de *toute* la créance. Il ne peut donc pas seul faire la remise de la totalité de la dette, ni recevoir seul le prix au lieu de la chose, ni convertir seul, par exemple par novation, une dette indivisible en une obligation divisible.

Bien que l'obligation soit indivisible, le profit qui en résulte se divise entre les créanciers. Si donc l'un d'entre eux ou un de ses héritiers avait seul remis la dette ou reçu le prix de la chose, son cocréancier ou cohéritier ne pourrait demander la chose indivisible qu'en tenant au débiteur compte de la portion du cocréancier qui avait fait la remise ou qui avait reçu le prix (art. 1224).

Si la dette se résout en dommages et intérêts, chacun des créanciers ne peut obtenir qu'une condamnation pour sa part; car alors la cause de l'indivisibilité, l'impossibilité de l'exécution partielle, a cessé. Il en est différemment en cas de solidarité. Si la dette s'est résolue en dommages et intérêts, chaque débiteur reste solidairement tenu, et chaque créancier solidaire peut en demander la totalité.

2° L'interruption de la prescription opérée par l'un des créanciers, ou la suspension de la prescription à son égard, profite à tous les autres (arg. art. 709 et 710). Les principes sur l'indivisibilité des servitudes doivent être étendus à l'indivisibilité des obligations.

144. 3° Chacun des codébiteurs et chaque héritier du débiteur d'une obligation indivisible peut être poursuivi pour le total (art. 1222, 1223). Toutefois, le débiteur ainsi poursuivi peut demander un délai pour mettre en cause ses codébiteurs, à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par le débiteur assigné, qui peut alors être condamné seul, sauf son recours en indemnité contre ses codébiteurs (art. 1225). Par exemple, Paul a promis d'établir une servitude sur son fonds. Il meurt en laissant plusieurs héritiers qui ignorent cette promesse; Pierre, l'un d'entre eux, reçoit en partage le fonds sur lequel la servitude a été promise. Pierre peut être condamné seul à constituer la servitude, sauf son recours en garantie contre ses cohéritiers.

La raison de cette mise en cause, c'est que le codébiteur d'une

obligation indivisible ne la doit pas en totalité. Elle a pour effet de faire *condamner* par le même jugement tous les débiteurs à exécuter conjointement l'obligation indivisible; de telle sorte qu'en vertu de ce jugement, le créancier peut faire exécuter l'obligation contre chacun des débiteurs pour la totalité, et que chacun de ces derniers peut exercer son recours contre ses codébiteurs. (Pothier, n°s 330 334.) Si, en cas d'inexécution de l'obligation, elle se résout en dommages-intérêts, elle devient divisible, et chacun des débiteurs ne peut être condamné que pour sa part.

4° L'interruption de la prescription contre l'un des débiteurs ou contre l'un des héritiers du débiteur conserve les droits des créanciers contre tous (art. 2249, alin. 2).

5° Lorsque l'obligation indivisible a été contractée sous une clause pénale, la peine est encourue par la contravention d'un seul des codébiteurs; mais elle ne peut être demandée en totalité que contre le contrevenant. Les autres n'en sont tenus que pour leur part (art. 1232), à moins que l'objet de la clause pénale même ne soit indivisible, et en tous cas, sauf recours contre le contrevenant. Elle peut être poursuivie hypothécairement pour le tout, lorsque la clause pénale est garantie par une hypothèque.

III. DES EFFETS DE L'OBLIGATION DIVISIBLE.

145. En principe général, les effets de l'obligation divisible sont :

1°. Chaque créancier ne peut demander que sa part de la créance (art. 1220). Il en est ainsi aussi dans les cas exceptionnels prévus par l'article 1221, qui permet seulement de poursuivre chacun des débiteurs pour le tout, mais qui n'autorise pas le créancier à demander le tout. (Voy. *infrà*, n° 146.)

2° Chaque débiteur ne peut être poursuivi que pour sa part dans la dette (art. 1220), sauf les exceptions de l'article 1221.

3° La suspension ou l'interruption de la prescription ne profite qu'au créancier qui peut personnellement invoquer la suspension ou qui a opéré l'interruption, et non aux autres créanciers.

4° L'interruption de la prescription n'a d'effet qu'à l'égard du

débiteur contre lequel elle a été faite (art. 2249, alin. 2) ; toutefois, elle a son effet pour la totalité de la dette si, par suite d'une des exceptions prévues par l'article 1221, le débiteur peut être poursuivi pour le tout (voy. n° 146, 2°) ; mais, même dans ce cas, elle n'a pas d'effet pour *les autres débiteurs*.

5° Si l'obligation a été contractée sous une clause pénale, la peine n'est encourue que par celui des débiteurs qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée (art. 1233, alin. 1), sauf le cas de l'alinéa 2 du même article.

146. L'article 1221 énumère, même dans le cas où l'obligation est *divisible*, cinq exceptions du principe énoncé sous le n° 145, 2°, d'après lequel chaque *débiteur ne peut être poursuivi que pour sa part dans la dette*, savoir :

1° Dans le cas où la dette est hypothécaire; alors le *débiteur détenteur* de l'immeuble hypothéqué peut être poursuivi pour le tout, mais seulement sur *cet* immeuble. Ce n'est pas une véritable exception, mais une conséquence du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. (Voy. au titre *des Hypothèques*.) Car les débiteurs non détenteurs de l'hypothèque ne peuvent être poursuivis que pour leur part.

2° Lorsque la dette est d'un corps certain, c'est-à-dire d'une *species* ou d'une chose individuellement déterminée. Alors le débiteur possesseur de cette chose peut être poursuivi seul et doit être condamné pour la totalité à l'exécution de l'obligation de livrer cette chose. Le législateur a en vue le cas où la chose due est, par suite de partage, échue à l'un des héritiers du débiteur. (Exposé de motifs, n° 101, Locré, XII, 358.) Avant le partage, chacun des héritiers ne peut être poursuivi et condamné que pour sa part. La faculté de poursuivre le détenteur pour le tout n'ôte pas au créancier le droit de poursuivre tous les débiteurs, chacun pour sa part.

3° Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses au choix du créancier, dont l'une est indivisible (art. 1221, n° 3). Le but de cette disposition est de prévenir que les débiteurs, sous prétexte de la divisibilité de l'une des prestations comprises dans la dette alternative, n'empêchent le créancier de choisir la presta-

tion indivisible. (Exposé de motifs, n° 101, Locré, XII, 358.) Cette disposition, assez obscure, était tout à fait inutile; il est évident que si le créancier a le choix, il ne peut pas dépendre des débiteurs de le forcer d'accepter la chose divisible. D'ailleurs, la disposition est inexacte. Car, si le créancier choisit la dette *divisible*, il n'y a pas d'exception à la règle de l'article 1220 sur la divisibilité entre les débiteurs (n° 145); si, au contraire, le créancier choisit la dette *indivisible*, le cas n'est plus une *exception* des principes sur la divisibilité, mais il tombe sous les règles sur les obligations indivisibles (n°s 143 et 144).

4° Lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'*exécution* de l'obligation. Dans ce cas, cet héritier seul peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses héritiers (art. 1221, n° 4 et alin. dern.). Le but d'une semblable disposition, qui peut être établie par le titre constitutif de l'obligation ou par un titre postérieur, par convention ou par testament, peut être de dispenser le créancier d'une division incommode de ses poursuites. (Exposé de motifs, n° 101, Locré, XII, 358.)

Il ne faut pas confondre ce cas avec celui qui a été traité *suprà*, n° 46, où l'un des héritiers a été chargé seul de la *dette même* et non-seulement de l'*exécution* de la dette.

147. 5° Lorsqu'il résulte soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. Cette disposition a été textuellement extraite de Pothier, n° 315. Dumoulin appelle l'obligation dans ce cas : *individuum* SOLUTIONE *tantum*. La disposition embrasse tous les cas où l'intention des parties a été que l'obligation ne pût s'acquitter partiellement.

148. On s'est demandé s'il existe une différence entre les obligations qu'a en vue l'article 1221, n° 5, et celles de l'article 1218. Les anciens jurisconsultes, surtout Dumoulin et Pothier, l'ont admise, et les auteurs du code ont suivi leur doctrine. La différence consiste en ce que les obligations indivisibles *solutione tantum* (celles de l'article 1221, n° 5) sont essentiellement *divisibles*; qu'elles *peuvent* être acquittées partiellement, mais que, suivant l'intention des contractants, il est interdit au débiteur de les payer en partie; tandis que les obligations de l'article 1218

sont indivisibles en elles-mêmes, et qu'une prestation *partielle* est égale à une inexécution complète. Cette nuance peut être quelquefois subtile et difficile à saisir; mais elle existe. Ainsi, par exemple, l'obligation de livrer un terrain destiné à une construction qui exige la totalité de ce terrain, est indivisible. (Voy. *suprà,* n° 140 et art. 1218.) La prestation partielle est pour le créancier égale à une inexécution complète, parce qu'elle l'empêche de faire sa construction. Il en serait autrement si quelqu'un avait loué une ferme, et que l'un des héritiers du bailleur fût prêt à offrir sa part indivise ou divisée, tandis que ses cohéritiers ne voudraient pas exécuter leur obligation. Le locataire a loué la ferme pour l'avoir en total; néanmoins, on ne peut pas dire ici que l'exécution partielle de l'obligation équivaut à une inexécution complète. L'obligation est indivisible *solutione*. (Pothier, n° 315.) Les articles 1668-1670 et 1685 contiennent des exemples d'obligations indivisibles *solutione tantum*.

149. De ce qui a été dit au n° 148 il suit que l'on doit renfermer dans sa limite la disposition exceptionnelle de l'article 1221, n° 5, et qu'il ne faut pas appliquer aux obligations qui y sont mentionnées les autres effets de l'indivisibilité. (N°s 143 et 144.) Ainsi, le débiteur d'une obligation indivisible *solutione tantum*, de même que chacun de ses héritiers, peut être poursuivi *pour le tout,* sauf son recours contre ses cohéritiers (art. 1221, alin. dernier).

Mais chaque créancier ne peut pas demander la totalité de l'obligation; l'interruption de la prescription contre un des débiteurs n'a pas d'effet à l'égard des autres; l'interruption ou la suspension de la prescription, qui a lieu au profit de l'un des créanciers, ne profite pas aux autres. L'ancien droit que les auteurs du code ont suivi, et la place que l'article 1221 occupe sous la rubrique : *Des effets de l'obligation divisible,* viennent à l'appui de cette solution.

SECTION VI.

DES OBLIGATIONS AVEC CLAUSES PÉNALES (art. 1226-1233).

I. DÉFINITION DE LA CLAUSE PÉNALE.

150. La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution (art. 1226). La clause pénale est donc une convention essentiellement accessoire à une autre obligation civile ou naturelle, présente ou future, pure et simple ou conditionnelle, sans laquelle elle ne peut pas exister. (Voy. n° 8, 4°.) Sa validité dépend donc de la validité de l'obligation principale (art. 1227, alin. 1); mais la nullité de la clause pénale n'entraîne pas celle de l'obligation principale (art. 1227, al. 2), parce que le principal peut exister sans l'accessoire.

La clause pénale a un double but, d'abord celui d'assurer l'exécution de l'obligation principale; ensuite, de fixer, dès à présent, le montant des dommages-intérêts auxquels le créancier aura droit en cas d'inexécution de l'obligation, sans être soumis à aucune preuve (art. 1226, 1229).

II. EFFETS DE LA CLAUSE PÉNALE.

151. Il s'agit d'abord de savoir quand la clause pénale est *encourue*, c'est-à-dire quand le créancier en peut exiger l'exécution. La peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure, soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas de terme (art. 1230). Cette dernière disposition, puisée dans l'ancienne jurisprudence, est contraire à la décision de Justinien dans la L. 12, C., *De contrahenda vel committenda stipulatione*, 8, 38, d'après laquelle la seule échéance du terme faisait encourir la peine.

La question de savoir quand il y a demeure doit être résolue d'après les principes exposés *suprà* aux n°s 69-73. Ainsi, lorsque la clause pénale a été ajoutée à une obligation de ne pas faire une

chose, la peine est due aussitôt que, contrairement à la stipulation, la chose a été faite (art. 1145).

Les parties peuvent convenir que la peine sera encourue par la seule échéance du terme.

152. Lorsque la peine stipulée est encourue par suite de la demeure du débiteur, le créancier a le choix ou d'exiger la peine ou de poursuivre l'exécution de l'obligation principale (art. 1228). Il ne peut demander en même temps le principal et la peine (art. 1229, alin. 2). Car la clause pénale est considérée comme la compensation (c'est-à-dire comme l'*estimation*) des dommages et intérêts que le créancier souffre par l'inexécution de l'obligation. Il ne peut pas demander à la fois l'exécution et les suites de l'inexécution. Le créancier n'est pas admis à dire que cette peine est insuffisante, ni le débiteur à prétendre qu'elle est excessive. (Exposé de motifs, n° 109, Locré, XII, 362.) Cette disposition déroge à la fois au droit romain qui permettait au créancier, après avoir déjà obtenu le payement de la peine, si les dommages-intérêts montaient à une somme plus élevée, de poursuivre le surplus par l'action résultant du contrat (Pothier, n° 342; Maynz, *Cours de droit romain,* § 258, note 19), et à l'ancienne jurisprudence, qui autorisait le juge à modifier arbitrairement la peine stipulée. (Paris, 24 mars 1877, D., 1878, 2, 187.)

Il résulte de ce qui précède que la stipulation de la clause pénale n'a pas, pour le débiteur, l'effet d'un dédit, à moins qu'il n'en ait été expressément convenu ainsi.

Les parties sont en général libres de fixer la peine comme elles veulent, pourvu qu'elles n'excèdent pas les dommages-intérêts, dans les cas où le maximum en est déterminé par la loi; ainsi elles ne pourraient pas, pour le cas de retard de payer une somme d'argent, convenir d'une peine excédant le taux de l'intérêt légal (art. 1153, alin. 1, et *suprà,* n° 79). En **Belgique,** cette dernière disposition est implicitement abolie par la loi du 5 mai 1865 sur la liberté des intérêts. (Voy. *suprà,* n° 78.)

153. La règle qui défend au créancier d'exiger à la fois la peine et l'accomplissement de l'obligation n'est pas d'ordre public; elle peut être modifiée par une convention, expresse ou tacite, des parties (fr. 16, D., *De transactionibus*, 2, 15). Les parties y dérogent expressément en stipulant, par exemple, que la

peine sera due pour le simple retard dans l'exécution de l'obligation principale (art. 1229, alin. 2). Dans le doute, il faut présumer que la peine est la compensation des dommages-intérêts pour l'*inexécution* de l'obligation, même lorsqu'elle a été ajoutée à une obligation de ne pas faire ou à une transaction (art. 2047). On a invoqué des textes du droit romain pour soutenir l'opinion contraire. Mais, tout ce que l'on peut induire de ces textes, c'est que la *stipulation particulière* qui permettait au créancier d'exiger la peine et l'exécution du contrat, était assez *usitée* dans les transactions. (Voy. Maynz, *Cours de droit romain*, § 258, note 21.)

154. Nous avons vu qu'en règle générale, lorsque les parties ont elles-mêmes déterminé la somme qui doit être payée à titre de dommages-intérêts par celui qui manquera d'exécuter la convention, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre (art. 1152 et *suprà*, n° 78). Néanmoins, la peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée *en partie* (art. 1231), parce que le créancier, *qui lui-même a admis l'exécution partielle*, ne peut pas avoir une *partie* de la chose et la *peine entière*. C'est une évaluation nouvelle, pour laquelle le défaut de convention rend indispensable d'avoir recours aux tribunaux. (Exposé de motifs, n° 109; rapport de Favard, n° 80; discours de Mouricault, n° 35; Locré, XII, 362, 448, 569.)

155. Sur l'effet de la clause pénale ajoutée à une obligation indivisible, voy. *suprà*, n° 144, 5°, et ajoutée à une obligation divisible, voy. n° 145, 5°.

156. La clause pénale vient à s'éteindre lorsque l'obligation principale est éteinte par un mode d'extinction légale quelconque, donc aussi par la perte de la chose due, ou par l'impossibilité d'exécution, arrivées l'une ou l'autre par cas fortuit ou par force majeure (art. 1302; arg. art. 1227).

157. Bien que la stipulation de la peine soit conditionnelle, en ce sens qu'elle n'est encourue qu'autant que l'obligation principale n'est pas exécutée, elle diffère cependant en plusieurs points de la véritable obligation conditionnelle, savoir : 1° cette dernière est principale et existe par elle-même; la clause pénale est accessoire et, partant, subordonnée à la validité d'une autre obligation, ainsi, par exemple, est valable l'obligation conçue en

ces termes : « Je vous vends ma maison pour 10,000 francs, *si*, dans les six mois je n'épouse pas Mlle Julie »; ou bien : « Je vous vendrai ma maison pour 10,000 francs, sinon j'épouserai Mlle Julie dans les six mois ». Elle serait nulle si elle était ainsi conçue : « *Je m'engage à épouser Mlle Julie dans les six mois; sinon, je vous vendrai ma maison pour* 10,000 *francs* », parce que la promesse de se marier est nulle; 2° l'obligation dépendant d'une condition suspensive est due si la condition, positive ou négative, s'accomplit n'importe par quelle cause, par exemple : « Je vous vendrai ma maison pour 10,000 francs, si mon oncle m'institue son légataire universel, ou si dans les six mois la guerre n'éclate pas en Europe »; la peine stipulée n'est due que lorsque l'accomplissement de la condition négative (l'inexécution de l'obligation) a lieu par la faute du débiteur; exemple : « *Je vous fournirai* 10,000 fusils à Paris dans les trois mois, sinon je payerai une pénalité de 30,000 francs. » Une guerre éclate, l'exportation des armes est prohibée, la peine n'est pas due (Laurent, t. XVII, n° 440); 3° le créancier ne peut jamais exiger l'accomplissement ou l'inaccomplissement de la condition; il a l'option de demander la peine stipulée ou l'exécution de l'obligation principale; exemples : « Si dans les trois mois je m'établis à Londres, je vous vendrai ma maison pour 10,000 francs. » Je suis libre de m'établir à Londres, et vous ne pouvez pas exiger la vente si je ne le fais pas. « Je m'engage à établir dans les trois mois une maison de commerce à Londres; sinon, je vous payerai une pénalité de 20,000 francs. » Vous pouvez exiger la peine en cas d'inexécution de cet engagement.

SECTION VII.

DES OBLIGATIONS NATURELLES.

158. Le code civil reconnaît l'existence d'obligations naturelles (art. 1235, alin. 2), mais il ne détermine ni les causes qui les font naître, ni tous les effets qu'elles produisent.

Il y a obligation naturelle toutes les fois que, d'après les

principes généraux du droit philosophique (du *jus gentium* chez les Romains), il existe entre deux personnes un lien obligatoire, quand même il ne serait pas sanctionné par le droit positif.

Notre législation ne détermine pas d'une manière générale la base sur laquelle repose l'obligation naturelle. Voici comment s'expriment sur ce sujet les auteurs du code :

« Il ne s'agit point ici de ces obligations qui, dans la législation romaine, avaient été mises au nombre des obligations naturelles, parce que, n'ayant ni la qualité du contrat, ni la forme des stipulations, elles étaient regardées comme de simples conventions dont une action civile ne pouvait naître. Ces conventions sont dans notre législation au rang des obligations *civiles*, et on ne regarde comme obligations purement naturelles que celles qui, par des motifs particuliers, sont considérées comme nulles par la loi civile.

« Telles sont les obligations dont la cause est trop défavorable pour que l'action soit admise, et les obligations qui ont été formées par des personnes auxquelles la loi ne permet pas de contracter. Telles sont même les obligations civiles, lorsque l'autorité de la chose jugée, le serment décisoire, la prescription ou toute autre exception péremptoire rendraient sans effet l'action du créancier.

« Le débiteur qui a la capacité requise pour faire un payement valable, et qui, au lieu d'opposer ces divers moyens, se porte de lui-même et sans surprise à remplir son engagement, ne peut pas ensuite dire qu'il ait fait un payement sans cause. Ce payement est une renonciation de fait aux exceptions sans lesquelles l'action eût été admise, renonciation que la bonne foi seule et le cri de la conscience sont présumés avoir provoquée ; renonciation qui forme un lien civil que le débiteur ne doit plus être le maître de rompre. » (Bigot-Préameneu, Exposé de motifs, n° 113, Locré, XII, 364.)

« La véritable base de l'obligation est toujours dans la conscience des contractants », dit Jaubert dans son rapport au Tribunat, n° 5 (Locré, XII, 460) ; « si donc cette base primaire apparaît au magistrat, le payement qui en a été fait doit être sanctionné par toute la puissance de la loi. L'obligation naturelle

consiste dans le lien qui dérive de l'équité; à la différence de l'obligation civile qui dérive du lien de droit. » Le rapporteur cite comme exemples d'obligations naturelles celle de la femme mariée contractée sans l'autorisation de son mari, et celle du mineur.

On le voit, la décision de la question de savoir quand il y a une obligation naturelle est abandonnée aux lumières du juge. Toutefois, il y a quelques dettes auxquelles le code reconnaît le caractère d'obligations naturelles, au moins dans certaines limites; ce sont les dettes de jeu (arg. art. 1967, et 1235, alin. 2), les obligations prescrites (art. 2223), et les engagements contractés par une personne civilement incapable, mais naturellement capable de contracter (arg. art. 2012).

159. Quant aux *effets* de l'obligation naturelle, ils étaient plus étendus en droit romain qu'en droit français, qui n'attribue d'une manière générale à *toutes* les obligations naturelles qu'un *seul* effet, c'est d'exclure la répétition de ce qui a été payé pour l'acquitter (art. 1235, alin. 2, 1967). « L'obligation naturelle ne devenant un lien civil que par induction tirée du payement », dit l'Exposé de motifs, n° 113, « cette obligation ne peut avoir d'autre effet que celui d'empêcher la répétition de ce qui a été payé. Mais elle ne peut faire la matière d'une compensation, ni avoir les autres effets que lui donnait la loi romaine par suite de cette distinction que nous n'avons point admise entre les pactes et les contrats ».

Les termes de l'Exposé de motifs sont trop restrictifs. Car la loi attribue encore un autre effet à certaines obligations naturelles; celles contractées par des personnes civilement incapables peuvent être *valablement cautionnées* (art. 2012).

Il est bien vrai qu'une obligation naturelle ne peut pas produire d'effets *contre la volonté* de celui qui l'a contractée ; voilà pourquoi elle ne peut pas lui être opposée en compensation. Mais, *de son consentement*, elle peut produire d'autres effets que d'empêcher la répétition de ce qui a été payé. Ainsi, elle peut être une cause valable d'une obligation civile, et par une espèce de novation se convertir en une obligation civile. (Cass. fr., 19 décembre 1860, D., 1861, I, 17; et 20 nov. 1876, D., 1878, 376; Liége, 31 mai 1865, P., 1865, 219.)

Toutefois, on ne peut pas attribuer ce dernier effet à une dette de jeu, qui a un caractère particulier. (Voy. *infrà*, tit. XII.)

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS (art. 1234-1314).

160. Les obligations s'éteignent :
Par le payement,
Par la novation,
Par la remise volontaire,
Par la compensation,
Par la confusion,
Par la perte de la chose,
Par la nullité ou la rescision,
Par l'effet de la condition résolutoire (voy. *suprà*, nos 105-106),
Par la prescription (art. 1234 ; voy. tit. XX.)

L'obligation peut encore s'éteindre par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée, par exemple un louage, ou par la mort de l'une des parties, par exemple la société, le louage d'ouvrage, le mandat (art. 1865, 1795, 2003).

SECTION PREMIÈRE.

DU PAYEMENT (art. 1235-1270).

I. DU PAYEMENT EN GÉNÉRAL (art. 1235-1248).

A. *Définition du payement.*

161. On entend par *payement* (*solutio*) l'extinction d'une obligation par la prestation de ce qui est dû. Le terme latin *solutio* a une signification plus large que le mot français *payement*, que

l'on emploie le plus souvent pour indiquer la prestation d'une somme d'argent.

Il résulte de la définition même que tout payement suppose nécessairement une *dette;* ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition (art. 1235, alin. 1).

162. La dette peut être civile ou naturelle (n[os] 158-159). La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été acquittées *volontairement*, c'est-à-dire sans erreur et en connaissance de cause que l'obligation était *simplement naturelle* (comp. l'art. 1967). Car la répétition est exclue parce que le payement est considéré comme une renonciation de fait aux exceptions que le débiteur aurait pu oppser. (Exposé de motifs, n° 113, à la fin ; Locré, XII, 364.) Le payement est présumé *volontaire,* dans le sens qui vient d'être défini, jusqu'à ce que le débiteur ait prouvé le contraire.

B. *Conditions requises pour la validité du payement.*

1. QUANT AUX PERSONNES.

163. Il s'agit ici d'examiner *par qui* et *à qui* le payement peut être fait.

164. 1. Une obligation peut être acquittée non-seulement par le débiteur lui-même, ou en son nom par un tiers, mais aussi par toute personne quelconque, peu importe qu'elle y soit intéressée, comme le coobligé ou la caution, ou qu'elle ne le soit pas; elle peut même être payée à l'insu et contre le gré du débiteur (art. 1236).

Pour que l'obligation soit *éteinte* par le payement du tiers, il faut que ce dernier ait voulu agir en acquit du débiteur et le *libérer*. Car il se peut que le payement ait rompu le lien d'obligation seulement entre le créancier primitif et le débiteur, sans que ce dernier soit *libéré*. Ainsi, le débiteur reste obligé si le tiers s'est fait subroger aux droits du créancier, ou s'il a agi comme *negotiorum gestor* du débiteur. Mais le tiers n'a pas de recours contre le débiteur s'il a payé *malgré lui*.

L'article 1236, en disant que l'obligation peut être acquittée par un tiers, *pourvu qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier*,

énonce deux thèses également vraies : 1° la dette n'est pas *éteinte* si le tiers est subrogé aux droits du créancier ; 2° tout tiers peut payer pour le débiteur, et le créancier ne peut pas refuser le payement, mais *il ne peut pas être forcé à subroger le tiers dans ses droits.*

La règle qu'un tiers peut toujours payer pour le débiteur ne s'applique pas aux obligations *de faire,* contractées en *considération de la capacité personnelle* du débiteur ; elles ne peuvent être acquittées par un tiers contre le gré du créancier (art. 1237).

165. Pour payer valablement, il faut être *propriétaire* de la chose donnée en payement et *capable de l'aliéner*, dit l'article 1238.

En prescrivant les deux conditions, le législateur est parti de l'idée que tout payement est un acte d'aliénation. Cette idée, vraie en droit romain, ne l'est plus sous le code civil, où la propriété est transmise par le seul effet des conventions (art. 711, 1138, 1583). Le payement n'est un acte d'aliénation que : 1° lorsque l'objet à payer est une chose fongible ; 2° si la dette est alternative, tant que le choix n'a pas encore été fait : 3° en cas de dation en payement.

Le débiteur n'est pas libéré s'il a payé une chose d'autrui. Cette chose peut, suivant les circonstances (art. 2279, 2280), être revendiquée par celui qui en est propriétaire. Mais, même indépendamment de toute revendication, le créancier qui a découvert que la chose payée n'appartenait pas au débiteur, peut exiger un nouveau payement qui soit régulier.

Toutefois, comme la loi n'admet pas la revendication des choses mobilières, le payement de ces choses fait au créancier de bonne foi, par celui qui n'en était pas propriétaire, est valable, quand même ces choses ne se consommeraient pas par l'usage. (Metz, 14 août 1867, D., 1867, 2, 188.)

Si le payement a pour objet une somme en argent ou une autre chose qui se consomme par l'usage, il ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le payement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner (art. 1238, alin. 2). Le motif, c'est que la revendication n'est plus possible après la consommation de la chose. En ce cas, le propriétaire de la chose a son

recours contre le débiteur qui l'a employée au payement, de même que contre le créancier qui l'aurait reçue de mauvaise foi (arg. art. 1141).

Le non-propriétaire qui a payé avec la chose d'autrui ne peut pas demander la nullité du payement ; car il est tenu de la garantie contre l'éviction. *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.* Toutefois, cette question est controversée. L'opinion contraire argumente *à contrario* des mots du texte : *contre le créancier qui l'a consommée*, etc.; donc, dit-elle, la chose peut être répétée contre le créancier qui ne l'a pas encore consommée.

En règle, lorsque la dette est d'un corps certain et déterminé, dont le créancier est devenu propriétaire par le seul effet de la convention, il n'est pas nécessaire que le débiteur soit capable d'aliéner pour payer valablement. Mais, s'il avait été lésé par ce payement, il pourrait en demander la nullité, par exemple si un mineur avait payé, avant le terme, une chose productive de fruits.

166. 2. *A qui* le payement doit-il être fait? Le payement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un *ayant pouvoir de lui*, ou qui soit autorisé *par justice* ou *par la loi*, par exemple le tuteur pour le mineur ou le mari pour sa femme. Le payement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier est valable, si celui-ci le ratifie, ou s'il *en a profité* (art. 1239). Il s'ensuit que le débiteur n'est pas libéré lorsque le payement a été fait, même de bonne foi, au porteur d'une fausse procuration de recevoir.

La simple indication, dans un acte, que le payement pourra être fait *au domicile* de quelqu'un, par exemple du notaire qui a fait une vente, n'emporte pas pouvoir à cette personne de recevoir payement, surtout lorsque l'acte de vente désigne un autre mandataire pour recevoir. (Cass. fr., 23 novembre 1830 ; Paris, 18 avril 1872, D., 1875, 2, 47 ; Dijon, 18 juillet 1873, D. 1875, 2, 22 ; Riom, 31 janvier 1876, sous Cass. fr., 22 novembre 1876, D., 1877, 1, 150 ; Bruxelles, 13 avril 1872, P., 1872, 219.)

Mais il ne suffit pas de payer au créancier, il faut encore que le créancier soit *capable de recevoir* ; autrement le payement n'est pas valable, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné à son profit (art. 1241).

Pareillement le payement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice *d'une saisie ou d'une opposition*, n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants ou opposants : ceux-ci peuvent, selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours contre le créancier (art. 1242). Il est évident que dans ce cas le débiteur serait libéré envers le créancier à qui il aurait payé.

Le payement fait *de bonne foi* à celui qui est *en possession* de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé (art. 1240). Le cas que cette disposition a particulièrement en vue est celui où le payement a été fait à un héritier apparent, qui plus tard a été exclu de la succession par un héritier plus proche. (Exposé de motifs, n° 118, Locré, XII, 366.) Il en serait de même dans le cas d'une possession fondée sur une cession plus tard annulée ou rescindée (Colmet de Santerre, t. V, n° 179 *bis*, III); et, par la même raison, le payement fait, par un tiers de bonne foi, à l'usufruitier qui était en possession, bien qu'il n'eût pas encore obtenu la délivrance de son legs, est valable. (Cass. fr., 3 mars 1868, D., 1868, 1, 155.)

167. C'est une ancienne controverse que celle de savoir si le pouvoir de vendre, ou de porter les marchandises chez l'acheteur, ou de louer, renferme celui de recevoir le prix. Pothier, n° 477, se prononce, dans le doute, pour la négative, en se fondant sur le fr. 1, § 12, D., *De exercitoria actione*, 14, 1. La plupart des auteurs modernes font plusieurs distinctions. Nous croyons qu'en principe le mandat de vendre ne renferme pas le pouvoir de recevoir le prix. Toutefois si les choses se vendent ordinairement *argent comptant*, celui qui les vend ou les porte chez l'acheteur est présumé aussi pouvoir en recevoir le payement; il en est de même si d'autres circonstances de la même nature peuvent faire présumer un mandat tacite de recevoir payement. Mais il faut donner à ce dernier mandat une interprétation plutôt restrictive qu'extensive, et dans le doute, présumer contre le mandat de recevoir. (Dalloz, N. R., v° *Obligations*, n° 1715.)

2. QUANT A L'OBJET.

168. Le débiteur doit payer exactement la chose due; il ne peut pas contraindre le créancier de recevoir une chose autre

que celle qui lui est due (*aliud pro alio*), quoique la valeur de la chose offerte soit égale, ou même plus grande (art. 1243). Cette règle est la suppression virtuelle de la *Novelle* 4, chap. III, de Justinien, admise d'ailleurs dans une petite partie de la France seulement, et qui permettait, dans certains cas, au débiteur de donner en payement au créancier une chose autre que celle qui était due (*datio in solutum*). Aujourd'hui la dation en payement ne peut avoir lieu que du gré du créancier.

La règle qui précède souffre exception à l'égard de la compensation entre deux dettes, dont l'une a pour objet une somme d'argent, une quantité de grains ou autres denrées dont le prix est réglé par les mercuriales (art. 1291, alin. 2).

169. Si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée *que par son espèce,* le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise (art. 1246). Cette règle est une conséquence de l'article 1134, alin. 3, d'après lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi. (Voy. *suprà,* n° 43.) Elle s'applique aussi aux legs et aux conventions à titre gratuit (art. 1022).

170. En **France**, la monnaie de cuivre et de billon de fabrication française ne peut être employée dans les payements, si ce n'est de gré à gré, que pour l'appoint de la pièce de 5 francs (décret du 18 août 1810), et les nouvelles pièces d'argent de 50 et de 20 centimes ne peuvent être employées dans les payements entre les particuliers, si ce n'est de gré à gré, que pour 20 francs et au-dessous (loi du 25 mai 1864).

En **Belgique**, lorsque la dette est d'une somme d'argent, nul n'est tenu d'accepter, sur ce qui doit lui être payé, plus d'un dixième en pièces d'un demi-franc, ni plus de la valeur de cinq francs, par appoint, en pièces de cuivre (loi monétaire du 5 juin 1832, art. 24). Cette disposition a été modifiée en Belgique par l'article 7 de la loi du 20 décembre 1860, en ce sens que nul n'est tenu d'accepter en payement plus de cinq francs en monnaie de nickel, ni plus de deux francs en monnaie de cuivre.

171. Le payement doit être fait en entier (art. 1244, alin. 1; voy. *suprà,* n° 137), sauf le cas où il y a plusieurs débiteurs ou plusieurs héritiers d'un débiteur d'une créance divisible. Cette règle peut aussi se modifier par l'effet de la compensation entre

deux créances d'un chiffre différent (art. 1290), et par l'effet du bénéfice de division entre plusieurs cautions (art. 2026).

Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le payement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état (art. 1244, alin. 2).

Il résulte de cette disposition que le juge peut accorder au débiteur *plusieurs délais*; donc, *à fortiori*, la faculté de se libérer *partiellement* en plusieurs termes ; la place qu'occupe la disposition qui attribue au juge ce pouvoir prouve qu'elle restreint le principe du *payement intégral*. (Voy. procès-verbaux du conseil d'État du 18 brumaire an XII, n° 46, Locré, XII, 170; Toullier, t. VII, n° 658; Cass. fr., 20 déc. 1842. — En sens contraire : Duranton, t. XII, n° 88.)

Le juge ne peut pas faire usage de cette faculté lorsqu'il y a *stipulation contraire* entre les parties. (Voy. Locré, à l'endroit cité.)

172. La chose due, si c'est un corps certain et déterminé, étant aux risques du créancier (art. 1138, et *suprà*, n° 57), il s'ensuit que le débiteur est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent point de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, ou qu'avant ces détériorations il ne fût pas en demeure (art. 1245).

3. QUANT AU TEMPS.

173. Le payement doit être fait à l'époque indiquée par le titre. S'il n'y a pas de terme, le créancier peut immédiatement demander le payement, ou après l'expiration d'un certain laps de temps indiqué par la nature même de l'obligation, par exemple dans le cas des articles 1875, 1900, 1901.

Le juge ne peut pas accorder un délai lorsqu'il y a *stipulation contraire* entre parties.

4. QUANT AU LIEU.

174. Le payement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le payement, lors-

qu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet. Hors ces deux cas, le payement doit être fait au domicile du débiteur (art. 1247). Cette dernière disposition est une application de la règle que dans le doute la convention s'interprète en faveur du débiteur (art. 1162).

Par le *domicile* du débiteur il faut entendre son domicile *actuel*, et non celui qu'il avait au moment du contrat. Cette interprétation est conforme au texte de la loi et au principe de procédure : *Actor sequitur forum rei*. Si les parties avaient voulu l'entendre autrement, elles auraient pu convenir d'une élection de domicile pour l'exécution, conformément à l'article 111 du code.

5. QUANT AUX FRAIS.

175. Les frais du payement sont à la charge du débiteur (art. 1248). Par frais du payement il faut entendre tous ceux qui sont nécessaires pour parvenir à la délivrance de la chose entre les mains du créancier, ainsi que ceux de la quittance, tels que timbre, enregistrement et les frais de l'acte notarié; s'il en était autrement, le créancier ne recouvrerait pas tout ce qui lui est dû.

C. *Des effets du payement.*

176. Le payement valablement fait éteint l'obligation avec tous ses accessoires et toutes ses conséquences; ainsi il libère le débiteur, ses codébiteurs conjoints ou solidaires et les cautions envers le créancier. Après le payement de la dette, le créancier est tenu d'en restituer les titres au débiteur.

Le payement, tout en libérant le débiteur *envers son créancier originaire*, peut ne pas éteindre la dette; c'est ce qui a lieu en cas de subrogation.

II. DU PAYEMENT AVEC SUBROGATION (art. 1249-1252).

A. *Définition et introduction historique.*

177. La subrogation, en sens général, est la mise d'une chose ou d'une personne à la place d'une autre chose ou d'une autre

personne. Il y a donc une subrogation réelle, dont les articles 132, 747, 766, 1407, 1434, 1435, 1066, 1067, 1069 et 1553 donnent des exemples, et dont il ne s'agit pas ici; et une *subrogation personnelle* ou de personne à personne. Il y a subrogation personnelle lorsqu'une personne entre aux lieu et place d'une autre pour exercer ses droits et actions. Le terme *subrogare* en ce sens ne se trouve pas dans le droit romain; c'est du droit canon qu'il a passé dans la jurisprudence française.

178. En droit romain, il y avait plusieurs cas dans lesquels un tiers qui avait payé le créancier entrait ou avait le droit d'entrer en ses lieu et place pour exercer ses actions contre le débiteur. Ces cas ne reposaient pas tous sur le même principe. Ainsi le tiers pouvait entrer dans la place du créancier ou en vertu d'une véritable vente ou cession volontaire de la créance, ou en payant un créancier hypothécaire qui lui était préféré (*jus offerendi*), ou en prêtant au débiteur de l'argent pour rembourser une créance hypothécaire, dans laquelle entrait le prêteur, ou en payant en qualité de caution et en exigeant la cession des actions contre le débiteur principal (*beneficium cedendarum actionum*).

La subrogation est née, dans l'ancienne jurisprudence française, de l'assimilation et de la fusion des principes du droit romain sur la *cessio legalis* et *necessaria*, le *beneficium cedendarum actionum* et la succession dans le droit de gage et d'hypothèque. Les anciens jurisconsultes français n'avaient pas une idée claire et nette du caractère juridique de la subrogation; d'un côté ils y voyaient une cession tacite ou fictive, de l'autre côté ils admettaient certaines différences importantes entre la cession et la subrogation. C'est ce qui explique la diversité des définitions de la subrogation données par les auteurs; quelques-uns la confondent avec la cession. Celle de Pothier (*Coutume d'Orléans*, titre XX, n[os] 66-87), reproduite à peu près par Zachariæ, § 321, nous semble le plus fidèlement donner la notion que s'en faisait l'ancienne jurisprudence, suivie par le code.

179. La subrogation est une fiction de la loi, par suite de laquelle une obligation, éteinte par le payement fait par un tiers, est considérée comme existant encore au profit de ce tiers, qui est censé ne faire qu'une personne avec l'ancien créancier. A la rigueur, l'obligation serait éteinte par le payement fait même par

le tiers. Si ce tiers avait payé pour faire une libéralité au débiteur, ce dernier serait entièrement déchargé de *toute* obligation; si le tiers avait payé à un autre titre, par exemple comme mandataire ou comme *negotiorum gestor*, le débiteur serait libéré envers son ancien créancier et de l'ancienne dette, mais il en devrait une *nouvelle*, fondée sur un nouveau titre, à son mandataire ou *negotiorum gestor*. Mais à cette nouvelle créance, entièrement distincte de celle éteinte par le payement, ne seraient pas attachés les priviléges et autres avantages dont jouissait la créance précédente. Par une fiction juridique, l'ancienne créance est censée exister encore.

180. Il ne faut pas confondre la subrogation avec le *transport-cession* (code civ., art. 1689 et suiv.), bien que leurs résultats soient en grande partie les mêmes. Par la cession, l'ancienne créance n'a jamais été éteinte: la cession a principalement pour objet l'acquisition d'une créance, à titre gratuit ou à titre onéreux, au profit du cessionnaire, et les fonds versés entre les mains de l'ancien créancier le sont à titre de prix d'une vente. Dans le payement avec subrogation, le tiers, en payant la dette d'un autre, a principalement en vue de libérer le débiteur envers son ancien créancier. La cession ne peut se faire que du consentement du créancier, la subrogation peut se faire contre son gré.

181. La subrogation diffère de la *novation* par changement de créancier, et par la manière dont elle s'opère, et par ses effets. La première peut avoir lieu *sans* le consentement du débiteur, tandis que la dernière exige de la part du débiteur un *nouvel engagement* envers son nouveau créancier. Ensuite, la subrogation donne au créancier subrogé les mêmes droits, priviléges et hypothèques qu'avait le subrogeant, tandis que la novation *éteint complétement* l'ancienne dette avec tous ses accessoires, et met une nouvelle dette à sa place.

B. *Des diverses espèces de subrogations.*

182. Il y a deux espèces de subrogations. La subrogation est ou conventionnelle ou légale (art. 1249).

1. DE LA SUBROGATION CONVENTIONNELLE (art. 1250).

183. La subrogation conventionnelle peut s'opérer de deux manières : ou par une convention entre le créancier subrogeant et le créancier subrogé, ou par une convention entre le débiteur et le créancier subrogé.

184. 1° De la subrogation par la volonté du créancier. Elle se fait, sans le concours du débiteur, lorsque le créancier, recevant son payement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits, actions, priviléges ou hypothèques contre le débiteur. Cette subrogation doit être *expresse*, mais non en termes solennels (art. 1250, n° 1). La subrogation dans le *droit* de l'ancien créancier comprend les accessoires attachés à ce droit. Elle peut être faite *avant* le payement ou *en même temps*, mais elle ne peut pas être faite *après* le payement, par le motif qu'alors la créance aurait été éteinte *par* le payement et ne pourrait plus être l'objet de la subrogation. (Rouen, 20 juill. 1871, D. 1873, 1, 366.) Par le même motif, la cession des actions, qu'en droit romain la caution, qui payait, pouvait exiger du créancier (*beneficium cedendarum actionum*), devait *précéder* le payement.

Toutefois, il faut admettre que la subrogation pourrait s'opérer encore *après* le payement, si elle avait été formellement réservée dans la quittance. La réserve équivaut alors à la subrogation même. (Fr. 46, D., *De solutionibus*, 46, 3; Duranton, n° 116.)

185. Cette subrogation peut s'opérer par acte sous seing privé (Cass. fr., 20 janv. 1857, D., 1857, 1, 309), comme par acte authentique, même verbalement, et elle n'a pas besoin d'être signifiée au débiteur pour avoir de l'effet à l'égard des tiers. (Cass. belge, 12 janvier 1872, P., 1872, 34.) L'article 1690 n'est pas applicable ici. Mais le payement fait à l'ancien créancier par le débiteur ignorant la subrogation à défaut de signification le libère (art. 1240), et la quittance subrogatoire ne peut être opposée aux tiers créanciers ou cessionnaires du subrogeant qu'autant qu'elle a date certaine (art. 1328).

Toutefois, en **Belgique**, la subrogation à une créance hypothécaire ou privilégiée ne peut être opposée au tiers qu'autant qu'elle résulte d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé reconnu en justice ou devant notaire, et qu'il soit fait en marge de l'inscrip-

tion hypothécaire mention de la date et de la nature du titre du subrogé avec indication des noms, prénoms, professions et domiciles des parties (L. hypoth. du 16 décembre 1851, art. 5).

186. Cette subrogation produit en général les *effets* de la cession, sauf les modifications suivantes :

a. Si elle a été consentie pour une somme inférieure au montant de la créance, le subrogé ne peut demander contre le débiteur que ce qu'il a déboursé, à moins que le créancier n'ait renoncé à une partie de la créance, uniquement en faveur du subrogé. Car le payement avec subrogation a pour but principal la *libération du débiteur*, et non l'acquisition d'une créance. Le tiers ne peut être subrogé que jusqu'à concurrence de ce qu'il a payé ; c'est là que se borne son droit. (Zachariæ, § 321, note 10.)

b. Le subrogé n'a pas, comme le cessionnaire contre le cédant (art. 1693), une action en garantie contre le subrogeant, en cas d'inexistence de la créance, mais une répétition de ce qui a été indûment payé (*condictio indebiti*, art. 1376). Cette différence offre de l'intérêt à cause de la difficulté de preuve qui incombe au demandeur. Le cessionnaire peut appeler le cédant en garantie dès que la créance cédée est *contestée*. Celui qui intente la répétition de l'indu doit prouver : 1° le payement ; 2° que le payement n'*était pas dû*, et 3° qu'il a été fait par erreur. (Voy. *infrà*, n° 469.)

c. En cas de deux subrogations successives, la préférence appartient au premier subrogé, pourvu que sa subrogation ait une date certaine contre l'autre. La préférence n'appartient pas nécessairement, comme le dit Toullier (t. VII, n° 126), à celui qui est en possession de l'acte instrumentaire de la créance.

187. 2° De la subrogation par la volonté du débiteur. Elle s'opère *sans* le concours de la volonté du créancier, lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires ; que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée *pour faire le payement*, et que, dans la quittance, il soit déclaré que le payement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier (art. 1250, n° 2).

Dans ce cas, il n'est pas nécessaire que le débiteur déclare subroger le prêteur dans les droits du créancier. Si les conditions prescrites par la loi se trouvent réunies, la subrogation a lieu de droit.

L'acte doit être fait devant notaire, pour empêcher la fraude et pour constater que la subrogation n'est pas postérieure au payement.

188. Le principe de cette subrogation se trouve dans le droit romain, au fr. 12, § 8, D. *Qui potiores in pignore*, 20, 4. Le débiteur qui empruntait une somme pour payer une dette hypothécaire pouvait subroger le nouveau créancier dans les droits hypothécaires de l'ancien, sans que ce dernier ou les autres créanciers pussent s'y opposer. *Creditor posterior in prioris creditoris locum succedit*, disait-on. Cette disposition avait pour but de permettre au débiteur de rembourser son ancien créancier quand même celui-ci ne voudrait pas céder son droit au nouveau créancier, ni le subroger. Le débiteur peut avoir intérêt à payer son ancien créancier, par exemple s'il peut emprunter à des conditions moins onéreuses.

Cette disposition, d'abord suivie seulement dans les pays de droit écrit, fut également introduite dans les pays coutumiers, et voici à quelle occasion. Un édit de Charles IX, de 1576, avait fixé au denier douze (1 pour 12, ou 8 1/3 pour cent) le taux des rentes et intérêts, parce que, par suite des guerres civiles, l'argent était devenu rare. En 1601, Henri IV réduisit le taux des rentes au denier seize (1 pour 16 ou 6 1/4 pour cent). Beaucoup de débiteurs qui avaient contracté sous l'empire de l'édit de 1576 voulaient alors rembourser les capitaux de leurs rentes, mais leurs créanciers refusaient de subroger dans leurs droits et hypothèques les prêteurs dont les deniers devaient servir à ce remboursement. L'édit du mois de mai 1609 fut alors publié. Il dispose, à l'exemple du droit romain, « que ceux qui fourniront leurs deniers aux débiteurs de rentes constituées au denier douze, avec stipulation expresse de pouvoir succéder aux hypothèques des créanciers qui seront acquittés de leurs deniers, et desquels iceux deniers seront employés à l'acquit d'icelles rentes et autres sommes, par déclaration qui sera faite des detteurs lors de l'acquit et rachat, soient et demeurent subrogés de droit aux droits,

hypothèques, noms, raisons et actions desdits anciens créanciers, sans autre cession et transport d'iceux ».

Plusieurs jurisconsultes considéraient cette espèce de subrogation comme particulière au cas de la réduction des rentes, qui en avait été la cause occasionnelle. Mais plusieurs arrêts de règlement, notamment celui du parlement de Paris du 6 juillet 1690, ont consacré et généralisé ce mode de subrogation et en ont indiquéles formalités. Ce dernier arrêt est devenu la source de l'article 1250, n° 2. (Merlin, *Rép.*, v° *Subrogation de personne*, sect. II, § 8; Duranton, n° 130.)

2. DE LA SUBROGATION LÉGALE (art. 1251).

189. Le caractère commun aux quatre hypothèses prévues par cet article, c'est que celui qui a payé une dette d'autrui avait intérêt à l'acquitter. Mais il ne faut pas généraliser ces dispositions et dire que la subrogation légale peut être étendue à tous les cas où le tiers qui a fait un payement avait intérêt à le faire. La subrogation légale doit être fondée sur une disposition spéciale de la loi. (Pothier, *Cout. d'Orléans*, tit. XX, n° 70.) La subrogation a lieu de plein droit dans quatre cas.

190. 1° Au profit de celui qui, étant lui-même créancier hypothécaire ou simplement chirographaire, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou hypothèques. Ce droit du créancier postérieur, qui s'appelle *jus offerendi* ou *offerendæ pecuniæ*, est puisé dans les lois romaines, L. 1 et 5, C. *Qui potiores*, 8, 18. La subrogation légale appartient au créancier chirographaire, aussi bien qu'au créancier hypothécaire. (Caen, 26 nov. 1870, D., 1873, 2, 181.) Le créancier postérieur peut avoir intérêt à faire ce payement, soit pour éviter une expropriation inopportune, soit pour diminuer les frais de poursuite en diminuant le nombre des créanciers.

Le remboursement peut aussi être fait à tout créancier qui se trouve dans une position plus favorable à raison de sûretés spéciales *autres* que priviléges ou hypothèques. Mais la subrogation légale n'a pas lieu en faveur du créancier qui en a remboursé un autre venant *après* lui.

191. 2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels

cet héritage était hypothéqué. Cette disposition est tirée des fr. 17. D., *Qui potiores in pignore*, 20, 4, et fr. 3, § 1, D., *De distractione pignorum*, 20, 5. Ce qu'elle a de particulier et de contraire au droit strict, c'est que l'acquéreur a une hypothèque sur *sa propre chose*. Elle a pour but de donner à l'acquéreur le moyen d'éviter les poursuites et de conserver l'immeuble sans être obligé de purger; ou bien, en cas de poursuite, de lui assurer le même rang que celui des créanciers qu'il a remboursés. Cette subrogation a lieu au profit de l'adjudicataire sur saisie immobilière. (Liége, 5 avril 1862, P., 1863, 42.)

Cette subrogation n'a pas lieu de droit à l'égard des payements que l'acquéreur pourrait avoir faits *avant* son acquisition. Mais elle s'étend aussi à d'*autres* immeubles hypothéqués au profit du créancier remboursé. (Cass. B., 13 mars 1863, B. J., t. 21, 775.) Il en était autrement d'après l'ancien droit. Mais l'article 1251 n° 2 ne distingue pas; et puis, on peut dire que l'hypothèse dont il s'agit tombe sous l'application du n° 3 de l'article 1251, l'acquéreur étant, au moins hypothécairement, tenu des dettes qui grèvent l'immeuble par lui acquis.

192. 3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. Tels sont, par exemple, le codébiteur solidaire ou le codébiteur d'une obligation indivisible, ou le cofidéjusseur, ou la caution qui peut payer pour le débiteur principal. Dans ces cas, celui qui a payé ne peut exercer les droits du créancier contre ses codébiteurs que jusqu'à concurrence de la part de chacun dans la dette. (Voy. *suprà*, n° 132.)

Cette disposition est une innovation. D'après l'ancien droit, la subrogation devait, dans ces cas, être requise par le débiteur qui avait payé; elle n'avait lieu *de droit* au profit de ce débiteur que lorsque, malgré sa réquisition, le créancier l'avait refusée. Les auteurs du code ont adopté l'idée de Dumoulin, qui s'était, même contre les textes romains, prononcé pour la subrogation de plein droit. (Pothier, *Coutume d'Orléans*, titre XX, n°s 74-77; Exposé de motifs, n° 129, Locré, XII, 370).

193. 4° Au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession. Il a intérêt à libérer la succession, et il n'est pas présumé avoir voulu confondre ses droits

personnels avec ceux de la succession. D'ailleurs, cette subrogation a lieu dans l'intérêt même des créanciers de la succession, qui n'ont qu'à gagner à une liquidation prompte et peu coûteuse. Sous l'ancien droit, Renusson professait la même doctrine. (*Tr. de la subrogation*, chap. VII, n° 76.)

C. *Effets de la subrogation.*

194. Le subrogé entre dans *tous* les droits du créancier remboursé. La subrogation a lieu contre le débiteur principal, contre les créanciers de ce dernier, contre les tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués à la dette acquittée et contre les cautions (art. 1252). L'effet de la subrogation contre la caution a été ajouté sur la proposition du Tribunat, afin de faire cesser l'ancienne controverse sur ce point. (Voy. Observations du Tribunat, n° 44, Locré, XII, 174.)

195. Mais la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas, il peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel (art. 1252). Les différentes personnes dont il a reçu des payements partiels sont alors payées au marc le franc, mais le créancier subrogeant leur est préféré. Par exemple, A a une créance hypothécaire de 10,000 fr.; B, par suite d'une première subrogation, C, par une seconde, ont remboursé à A chacun 3,000 francs. L'immeuble est vendu 6,000 francs. A sera remboursé des 4,000 francs restant de la dette; B et C viendront en concurrence sur les 2,000, et auront chacun 1,000 francs; mais les deux créanciers subrogés ne viennent pas en concurrence avec A. Le motif de cette disposition, c'est que « celui qui a payé un créancier avec subrogation doit être à son égard considéré comme ayant voulu acquitter la dette, et non comme ayant voulu acquérir un droit contre lui ou en concurrence avec lui. » (Exposé de motifs, n° 130, Locré, XII, 371.) Dans l'exemple proposé, la dette était, à l'égard de A, *éteinte* jusqu'à concurrence de 6,000 francs. (Voy. Pothier, *l. c.*, n° 87.)

Cette préférence n'a lieu qu'au profit du créancier qui a lui-même un droit de préférence, et non au profit du simple créancier chirographaire.

Elle n'a pas lieu au préjudice du cessionnaire et au profit du créancier qui a cédé une partie de sa créance, ni au profit d'un autre créancier subrogé qui, depuis, a payé le surplus de la créance. (Voy., sur ces questions, Duranton, t. VII (édit. Brux.), nos 184-188.)

III. DE L'IMPUTATION DES PAYEMENTS (art. 1253-1256).

196. En principe, le débiteur de plusieurs dettes envers le même créancier a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend acquitter (art. 1253; fr. 1, D., *De solutionibus*, 46, 3). Mais son option n'est pas absolue; elle ne doit pas causer de préjudice au créancier. (Exposé de motifs, n° 131, Locré, XII, 372.) C'est pour ce motif que le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages ne peut, sans le consentement du créancier, imputer le payement sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts, et que le payement fait sur le capital et les intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts (art. 1254). Et, par la même raison, le débiteur ne peut faire l'imputation plutôt sur une dette non échue que sur une dette échue, lorsque le terme a été ajouté en faveur du créancier (arg. art. 1258, 4°), ni imputer le payement en partie sur une dette et en partie sur une autre (art. 1244).

Il faut que le débiteur fasse son option au moment même du payement.

197. Si le débiteur ne fait pas l'imputation, le droit de la faire est dévolu au créancier, lequel doit aussi se prononcer au moment de la réception, dans la quittance (*in re præsenti, hoc est statim*, fr. 1, D., *De solutionibus*, 46, 3). Le débiteur qui reçoit cette quittance est censé adhérer à l'imputation, et ne peut plus demander qu'elle soit faite sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu *dol* ou *surprise* de la part du créancier (art. 1255). A la différence du droit romain, d'après lequel le créancier devait agir comme *negotiorum gestor* du débiteur, et imputer sur la dette qu'il se serait lui-même empressé d'acquitter s'il eût été à la place du débiteur, l'imputation ne peut donc plus être attaquée par le débiteur, à raison du simple *préjudice* qu'elle lui a causé, s'il n'y a pas eu dol ou surprise de la part du créancier.

198. Lorsque aucune imputation n'a été faite, ni par le débi-

teur ni par le créancier, elle est réglée par la loi, d'après la volonté présumée et l'intérêt respectif des parties. Ainsi :

1° Le payement doit être imputé d'abord sur la dette échue, de préférence à celles qui ne le sont pas, parce que le payement pourrait en être exigé immédiatement ;

2° Lorsque les dettes sont toutes également, soit échues, soit non échues, l'imputation doit se faire sur celle que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter. Ainsi, par exemple, l'imputation, d'après cette règle, devrait se faire dans l'ordre suivant : plutôt sur la dette qui entraîne la contrainte par corps que sur celle qui ne l'entraîne pas ; plutôt sur celle contractée sous clause pénale que sur celle sans clause pénale ; plutôt sur celle portant intérêt que sur celle qui n'en produit pas ; plutôt sur la dette hypothécaire que sur la dette chirographaire ; entre plusieurs dettes non échues, sur celle qui échoit avant les autres, etc. ;

3° Si les dettes sont d'une nature également onéreuse, l'imputation se fait sur la plus ancienne, c'est-à-dire sur celle qui est échue depuis le plus long temps, ou sur celle qui écherra la première ;

4° Enfin, toutes choses égales, l'imputation se fait proportionnellement sur les différentes dettes (art. 1256).

IV. DES OFFRES DE PAYEMENT ET DE LA CONSIGNATION (art. 1257-1264).

A. *Notions générales.*

199. Le débiteur peut avoir intérêt à se libérer ; le créancier ne doit pas être maître de l'en empêcher. Lorsque le créancier refuse de recevoir le payement, le débiteur peut le constituer en demeure (voy. *suprà*, n° 73) et se libérer entièrement en se dessaisissant de la chose. Pour constituer le créancier en demeure, il ne suffit pas de lui adresser une *sommation de recevoir*, ou de lui faire des offres simplement *verbales* ; il faut en outre que cette sommation soit accompagnée d'*offres réelles*, c'est-à-dire de la *présentation effective* de la chose due. Ces offres peuvent produire certains effets juridiques, mais elles ne peuvent pas *libérer* le débiteur, parce que ce dernier ne doit pas pouvoir cumuler les

avantages de la possession de la chose avec les avantages de la libération, et que, en conservant la chose par-devers lui, il a implicitement consenti à continuer l'obligation. Il n'est libéré qu'en consignant ou déposant la chose due dans le lieu désigné à cet effet par la loi ou par le juge. Les *offres réelles suivies de consignation* tiennent lieu de payement à son égard, lorsqu'elles ont été valablement faites (art. 1257).

B. *Conditions requises pour la validité des offres réelles et de la consignation.*

200. Pour que les offres soient valables, il faut qu'elles soient conformes aux règles exposées aux nos 163-175, donc, que le créancier n'ait aucun motif légitime pour refuser le payement. Ainsi il faut : 1° qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui; 2° qu'elles soient faites par une personne capable de payer; 3° qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés, et d'une somme pour les frais (de la poursuite) non liquidés, sauf à la parfaire; 4° qu'elles soient faites de la chose due (art. 1243). Si l'objet de la dette est une somme d'argent, elle doit être offerte en monnaie ayant *cours légal*.

En **France**, en vertu de la loi du 12 août 1870, article 1er, les billets de la Banque de France seront reçus comme monnaie légale par les caisses publiques et par les particuliers, et la Banque est dispensée de l'obligation de rembourser ses billets avec des espèces (art. 2).

En **Belgique**, d'après la loi du 20 juin 1873, article 6, sur les *chèques* et autres *mandats* de *payement* et *offres réelles* (*Moniteur* du 23 juin), les offres réelles peuvent être faites en billets de la Banque Nationale, aussi longtemps qu'ils sont payables à vue en monnaie légale. Cette faculté cesserait de plein droit d'exister, si les billets de la Banque Nationale n'étaient plus admis en payement dans les caisses de l'Etat.

5° Que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier. Si les offres étaient excessives, elles n'en seraient pas moins valables. *Quod abundat non vitiat;* 6° que la condition sous laquelle

la dette a été contractée soit arrivée; 7° que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le payement, et que, s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du payement, elles soient faites ou à la personne du créancier, ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. Si, au lieu convenu pour le payement, le créancier n'a ni son domicile réel ni un domicile élu, le débiteur peut faire à la personne, ou au domicile réel ou élu du créancier, la sommation d'accepter la chose à l'endroit où elle est offerte (arg. art. 1264). De même, si la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire sommation au créancier de l'enlever, par acte notifié à sa personne où à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. La loi exige que les *offres* soient faites à la personne ou au domicile du créancier, même dans le cas où, d'après l'article 1247, le *payement* pourrait être fait au domicile du débiteur. La raison de cette différence est simple : comment le créancier pourrait-il avoir connaissance d'offres que le débiteur aurait faites à son *propre domicile* à lui? 8° Il faut que les offres soient faites par un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes, c'est-à-dire par un huissier ou par un notaire, lequel doit les constater par un procès-verbal et y faire mention de la réponse du créancier (art. 1258; C. de proc., art. 812, 813).

201. Si le créancier accepte les offres, l'officier ministériel qui les a faites effectue le payement contre quittance, et le débiteur est libéré. Quant aux frais des offres, il faut distinguer. Si la dette était payable au domicile du débiteur, ou dans un lieu tiers, c'est au créancier de supporter les frais des offres; si le payement devait se faire au domicile du créancier, les frais des offres sont aussi à la charge du créancier, mais les frais de déplacement sont à la charge du débiteur.

202. Si le créancier n'accepte pas les offres, le débiteur peut faire la consignation, sans qu'elle ait été autorisée par justice. Anciennement, suivant un usage presque général, la consignation devait être autorisée par le juge. Le code a supprimé cette autorisation, afin de ne pas faire souffrir le débiteur des délais qu'elle entraînait. (Exposé de motifs, n° 136, Locré, XII, 374.) Il suffit pour la validité de la consignation : 1° qu'elle ait été précédée

d'une sommation signifiée au créancier, et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la chose offerte sera déposée; 2° que le débiteur se soit dessaisi de la chose offerte, en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi pour recevoir les consignations, avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt.

En **France**, la *caisse des dépôts et consignations*, qui doit recevoir ces dépôts, est un établissement spécial créé par l'article 110 de la loi du 28 avril 1816, et organisé par les deux ordonnances du 3 juillet 1816. Elle donne un intérêt de 3 p. c. (Décret du 1er mai 1851.)

En **Belgique**, les conservateurs des hypothèques sont chargés de la caisse des consignations (arrêté du 17 janvier 1831, art. 6); 3° qu'il y ait eu procès-verbal, dressé par l'officier ministériel, de la nature des espèces offertes, du refus qu'a fait le créancier de les recevoir, ou de sa non-comparution, et enfin du dépôt; 4° qu'en cas de non-comparution de la part du créancier, le procès-verbal du dépôt lui ait été signifié avec sommation de retirer la chose déposée. (Ordonnance **française** du 3 juillet 1816, art. 16.)

Si l'objet de l'obligation est un corps certain et déterminé ou une quantité de choses fongibles qui ne sont pas susceptibles d'être déposées à la caisse des consignations, le débiteur peut obtenir de la justice la permission de mettre ces choses en dépôt dans quelque autre lieu (art. 1264, alin. 2).

C. *Effets des offres réelles et de la consignation.*

203. I. Effets des offres réelles non suivies de consignation. — Ces offres constituent le créancier en demeure de recevoir, mais ne libèrent pas le débiteur.

1. Cette demeure n'a pas d'influence sur les *risques*, si l'objet de la dette est une chose certaine et déterminée, cette chose étant aux risques du créancier même sans qu'il soit en demeure. Si la chose offerte est fongible, elle reste aux risques du débiteur après qu'il l'aura reprise. Mais la perte serait pour le créancier, si la chose venait à périr dans l'intervalle entre les offres et le moment où le débiteur la ramène chez lui, par exemple si l'huis-

sier, revenant de faire les offres, était, en route, attaqué par des voleurs.

2. Le débiteur, dans le cas où il aurait été convenu qu'il serait en demeure de plein droit, par la seule échéance du terme, ne serait pas en demeure après avoir fait au créancier des offres réelles que ce dernier aurait refusées. Il ne devrait donc pas les intérêts *moratoires*, ni la clause pénale. Mais jusqu'à la consignation il devrait les intérêts *stipulés* (art. 1257, 1259, n° 2). (Bruxelles, 4 août 1868, P., 1869, 32.) Pour constituer alors le débiteur en demeure, il faudrait une sommation de la part du créancier.

204. II. Effets de la consignation. — Il faut distinguer :

1. La consignation n'a pas encore été acceptée par le créancier ni confirmée par jugement passé en force de chose jugée. Le débiteur n'en est pas moins libéré (art. 1257, alin. 2). Mais il n'est pas lié par cet acte, purement unilatéral. Il peut donc retirer la consignation, et s'il la retire, sa dette n'a jamais été éteinte et ses codébiteurs ou ses cautions ne sont point libérés (article 1261). (Paris, 8 mars 1877, D., 1878, 2, 119.)

2° Si le débiteur a obtenu un jugement passé en force de chose jugée qui déclare la consignation valable, ou si elle a été acceptée par le créancier, la dette est éteinte. Le débiteur peut encore retirer la consignation, mais seulement du consentement du créancier, et alors c'est une nouvelle dette contractée à la place de l'ancienne, dont les accessoires, tels qu'hypothèques et cautions, restent également éteints. Si le débiteur consent une hypothèque pour cette nouvelle dette, elle n'existera que du jour où elle aura été légalement constituée (art. 1262, 1263).

Les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier, si elles sont valables (art. 1260).

V. DE LA CESSION DE BIENS (art. 1265-1270).

A. *Définition et observations historiques.*

205. La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, lorsqu'il se trouve hors d'état de payer ses dettes (art. 1265). Elle figure dans le titre du payement

parce que c'est un mode particulier de payer par l'abandon des biens.

206. Le bénéfice de la cession de biens, introduite à Rome par une loi *Julia* sous Jules César ou sous Auguste, donnait aux débiteurs malheureux et de bonne foi le moyen d'éviter la prison et l'infamie résultant de la vente de leurs biens. (Gajus, III,78; L. 1 et 4, C., *Qui bonis cedere possunt,* 7, 71.) Cette cession n'exigeait aucune forme; elle pouvait se faire par une déclaration judiciaire ou extrajudiciaire.

De Rome la cession de biens passa dans la Gaule et dans les autres provinces de l'empire, en conservant ses caractères. Mais plus tard, ce bénéfice fut vu avec peu de faveur et soumis à des conditions humiliantes. D'après l'ordonnance de 1510, article 70, dont celle de 1673 fut une reproduction, la cession de biens dut se faire en jugement et en personne. La demande de cession était faite par requête au juge royal, les créanciers étaient assignés, les gens du roi et les parties entendus. Le débiteur n'était admis au bénéfice de cession qu'après avoir prêté le serment de n'avoir plus aucuns biens meubles ni immeubles pour satisfaire ses créanciers, et « à la charge de porter le bonnet vert et aux charges de l'ordonnance », sous peine d'être réintégré dans les prisons. A Paris, le jugement d'admission au bénéfice de cession était publié par un sergent, un jour de marché, au bas du pilori de la place des Halles et en présence du débiteur. Le bonnet vert était une coutume introduite d'Italie en France vers la fin du XVIe siècle, et qui devint générale et obligatoire par l'arrêt de règlement du parlement de Paris du 26 juin 1582, qui condamna tous ceux qui faisaient cession de biens à porter un bonnet ou chapeau vert fourni par les créanciers, sous peine d'être réintégrés en prison; les femmes seules en étaient dispensées. Plus tard il suffisait d'avoir le bonnet vert sur soi, et de pouvoir le mettre sur sa tête à la première réquisition du créancier.

De plus, celui qui avait demandé la cession de biens était incapable de posséder aucune charge et d'ester en personne en jugement, soit en demandant, soit en défendant; il était représenté par un curateur. (Voy. Dalloz, *N. R.*, v° *Obligations*, nos 2269-2270.)

Le code a adouci en plusieurs points la rigueur de l'ancienne jurisprudence.

La cession de biens est devenue sans objet en **France** et en **Belgique** depuis que la loi **française** du 22 juillet 1867 et la loi **belge** du 27 juillet 1871 ont profondément modifié la législation sur la contrainte par corps. Car, d'après les deux lois, la contrainte par corps est supprimée en matière commerciale, civile et contre les étrangers. Elle est maintenue seulement en matière criminelle, correctionnelle et de police, pour l'exécution des condamnations aux restitutions, aux dommages et intérêts et aux frais (loi française du 19 décembre 1871.) En **Belgique**, la contrainte par corps est encore maintenue en toute autre matière, lorsque la condamnation aux restitutions, dommages-intérêts et frais est le résultat d'un fait prévu par la loi pénale ou d'un fait illicite commis *méchamment* ou de *mauvaise foi*. Or, dans tous les cas où la contrainte par corps est maintenue par la loi française et la loi belge, la cession judiciaire n'est pas admissible, car le code civil n'accorde ce bénéfice qu'au débiteur *malheureux* et de *bonne foi* (art. 1268).

B. *Espèces et conditions requises.*

207. La cession de biens est *volontaire* ou *judiciaire* (article 1266).

208. 1° La cession de biens *volontaire* est celle que les créanciers acceptent volontairement, et qui n'a d'effet que celui résultant des stipulations mêmes du contrat passé entre eux et le débiteur (art. 1267). Pour produire des effets à l'égard de *tous* les créanciers, il faut qu'elle soit consentie par tous à l'unanimité. Les créanciers qui ne l'ont pas acceptée sont libres de faire valoir leurs droits sur les biens de leur débiteur conformément à la loi.

209. 2° La cession *judiciaire* est un bénéfice que la loi accorde au débiteur *malheureux* et de *bonne foi*, auquel il est permis, pour avoir la liberté de sa personne, de faire en justice l'abandon de tous ses biens à ses créanciers, nonobstant toute stipulation contraire (art. 1268).

210. Les conditions requises pour la cession judiciaire sont donc les suivantes :

1° Qu'il soit hors d'état de payer ses dettes et soumis à la *con-*

trainte par corps. Car, si aucune de ses dettes n'entraînait la contrainte par corps, la cession de biens serait sans objet (article 1268, 1270, alin. 1);

2° Que l'insolvabilité soit arrivée par des malheurs réels, c'est-à-dire par des événements indépendants de la volonté du débiteur, et non par sa faute ;

3° Que le débiteur ait été de bonne foi, c'est-à-dire que l'origine de ces dettes ne soit pas entachée de délit, de dol ou de fraude. C'est aux créanciers de prouver la mauvaise foi;

4° Qu'il fasse l'abandon de *tous* ses biens, excepté ceux que la loi déclare incessibles et insaisissables (code de proc., art. 581, 592);

5° Que la cession soit faite au profit de tous les créanciers;

6° Que le débiteur ne soit pas du nombre de ceux auxquels la loi refuse spécialement le bénéfice de cession. La loi refuse ce bénéfice : *A.* aux étrangers non admis par autorisation du gouvernement à établir leur domicile en France (code civ., art. 13); *B.* aux stellionataires; *C.* aux banqueroutiers frauduleux; *D.* aux personnes condamnées pour cause de vol ou d'escroquerie; *E.* aux personnes comptables, tuteurs, administrateurs ou dépositaires (code de proc., art. 905; code civ., art. 1945); *F.* en **Belgique**, aux commerçants (loi du 18 avril 1851, art. 535).

211. La cession judiciaire doit être faite conformément aux règles prescrites par les articles 898-906 du code de procédure. Si toutes les conditions énumérées au n° 210 sont réunies, les créanciers ne peuvent la refuser.

C. *Effets de la cession judiciaire.*

212. 1° Elle décharge le débiteur de la contrainte par corps (art. 1268 et 1270, alin. 2).

2° Elle ne confère pas aux créanciers la propriété, mais seulement le droit de faire vendre les biens du débiteur à leur profit et de se faire payer, jusqu'à concurrence de leurs créances, sur le prix et sur les revenus échus avant la vente (art. 1269). La vente doit se faire dans les formes prescrites pour les héritiers sous bénéfice d'inventaire (code de proc., art. 904). Mais, bien que le débiteur reste propriétaire de ses biens jusqu'à la vente, il n'a

plus le pouvoir d'en disposer, ni de les aliéner, ni de révoquer le pouvoir de vendre attribué à ses créanciers.

Si le produit de la vente dépasse la masse des dettes, les créanciers doivent rendre l'excédant au débiteur.

3° La cession de biens n'est pas un payement et ne libère pas complétement le débiteur; elle ne le libère que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés. Si cette valeur est insuffisante, et s'il survient au débiteur d'autres biens, il est obligé de les abandonner aux créanciers jusqu'à parfait payement, sans pouvoir opposer, comme en droit romain, le *beneficium competentiæ* (art. 1270).

SECTION II.

DE LA NOVATION (art. 1271-1281).

I. DÉFINITION.

213. La novation est l'extinction d'une obligation par la substitution d'une nouvelle obligation à sa place. Il n'y a point de novation si l'ancienne dette n'est pas éteinte (art. 1271). La novation est donc à la fois un mode d'extinction et une manière de former des obligations. Si une nouvelle obligation était formée sans que l'ancienne fût éteinte, il y aurait deux obligations, mais il n'y aurait pas de novation.

On peut distinguer la novation *volontaire*, qui est celle formée par convention des parties, et la novation *nécessaire*, résultant du contrat judiciaire. Ici il ne sera traité que de la première.

II. CONDITIONS REQUISES ET DIFFÉRENTES ESPÈCES DE NOVATION.

214. Pour opérer novation il faut la réunion de cinq conditions : 1° une obligation valable dont on opère novation; 2° quelque chose de *nouveau* qui distingue la nouvelle obligation de l'ancienne; 3° capacité des parties de contracter; 4° volonté d'opérer novation; 5° il faut que la nouvelle obligation soit valable.

215. I. Il faut une obligation valable dont on opère la novation. L'ancienne obligation est la cause de la nouvelle. Cette obligation peut être civile ou naturelle, pure et simple ou conditionnelle, ou à terme. La novation peut s'opérer avant même que la condition ou le terme arrive. S'il n'existait pas d'obligation, la novation serait nulle. Si la première obligation était subordonnée à une condition suspensive, la novation dépendrait aussi de l'accomplissement de cette condition, à moins que les parties n'eussent eu l'intention de convertir dès à présent une obligation conditionnelle en une obligation pure et simple, ou *vice versâ*. Par exemple A doit à B 10,000 francs s'il gagne un lot à la loterie. Les parties conviennent que A devra dès à présent purement et simplement 2,000 francs à B. Ou bien, les parties font l'opération inverse.

216. II. Il faut que la nouvelle obligation contienne quelque chose de nouveau qui la distingue de l'ancienne (*aliquid novum*). Suivant l'élément de l'obligation sur lequel porte la novation, elle peut s'opérer de différentes manières :

A. Elle s'opère lorsque le débiteur contracte envers son créancier une *nouvelle dette* qui est substituée à l'ancienne, soit en changeant la *cause* de l'obligation, par exemple, en conservant, à titre de prêt, le prix d'une vente; soit en changeant l'*objet* même de la prestation, par exemple, en substituant la propriété à l'usufruit, la totalité d'un objet à une partie; soit en changeant les modalités d'une obligation, par exemple, en convertissant une obligation conditionnelle en une obligation pure et simple ou en faisant l'inverse; soit en transformant une obligation sujette à annulation ou à rescision en une obligation valable (art. 1271, 1°). Le créancier peut accepter *aliud pro alio* en payement; il peut donc aussi consentir à accepter une nouvelle obligation en extinction de l'ancienne.

B. Lorsqu'il y a changement de *personnes*, lequel peut avoir lieu de trois manières différentes.

217. 1° Par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, qui est libéré (art. 1271, n° 2). Elle peut se faire de *deux* manières :

A. *Sans le concours* du premier débiteur (art. 1274. — *Expromissio*). Elle s'opère lorsqu'un tiers vient de lui-même s'obliger

à payer la dette du débiteur primitif moyennant libération de celui-ci. Car, de même que l'on peut *payer* la dette d'un tiers (art. 1236), ou stipuler à son profit (art. 1121), on peut se *charger* de sa dette. Cette novation exige seulement le consentement du créancier et celui du nouveau débiteur.

B. Par la *délégation* du débiteur, appelée aussi la *délégation parfaite*. C'est une convention par laquelle le débiteur (le *délégant*) donne au créancier (le *délégataire*) un autre débiteur (le *délégué*) qui s'oblige envers le créancier, et par laquelle le créancier décharge son débiteur qui a fait la délégation (art. 1275). Cette convention exige le concours de trois volontés : d'abord le consentement du créancier de libérer l'ancien débiteur et d'accepter le nouveau à sa place, le consentement du débiteur délégant et celui du débiteur délégué qui contracte l'engagement. Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation (art. 1276). Dans ce dernier cas, la loi suppose que la novation est le résultat d'une surprise. (Exposé de motifs, n° 148, Locré, XII, 379).

Si le créancier acceptait un nouveau débiteur sans libérer l'ancien, il n'y aurait pas novation; les débiteurs seraient obligés tous les deux (*délégation imparfaite*).

La simple indication, faite par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place, n'opère pas novation et ne décharge pas le débiteur. C'est un simple mandat de payer (art. 1277, alin. 1).

218. 2° Le changement de personne peut avoir lieu par la substitution d'un nouveau créancier à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé (art. 1271, n° 3°). A cet effet il faut le consentement de l'ancien créancier qui libère, du nouveau créancier qui accepte le débiteur, et du débiteur qui contracte un nouvel engagement envers le créancier substitué (*délégation de créancier*). Il n'y a pas novation si le débiteur n'est pas déchargé vis-à-vis du créancier originaire. (Nancy, 21 fév. 1877, D., 1878, 2, 14; Liége, 15 juillet 1875, P., 1876, 35; Bruxelles, 22 fév. 1877, P., 1877, 277.)

La simple indication, faite par le créancier, d'une personne

qui doit recevoir pour lui n'est pas une novation; c'est un mandat de recevoir.

La *cession* d'une créance ne constitue pas novation; c'est la succession d'un autre créancier dans *la même* dette, mais non l'extinction de la première dette par la création d'une autre. De là il résulte que l'acceptation faite par un débiteur du transport de sa créance n'emporte pas novation au profit du cessionnaire. (Paris, 5 août 1871, D., 1873, 2, 229; Nancy, 5 mars 1873, D., 1873, 2, 164, et Cass. fr., 20 avril 1874, D., 1874, 1, 343.)

219. 3° Le changement de personne peut s'opérer par la double substitution d'un nouveau créancier à la place de l'ancien et d'un nouveau débiteur à la place de l'ancien, de telle sorte que le premier débiteur est déchargé envers le premier créancier. Par exemple, A doit 1,000 francs à B; B se substitue D, en libérant le débiteur (n° 218); mais au même moment A se substitue C, accepté par D moyennant libération de A.

220. III. La troisième condition pour faire novation, c'est la capacité des parties de contracter et d'aliéner (art. 1272). Car la novation constitue, de la part du créancier, l'aliénation d'une créance, et, de la part du débiteur, un nouvel engagement. La capacité doit être jugée d'après les principes de l'article 1125.

221. IV. Il faut la *volonté* d'opérer novation. Cette volonté ne se présume pas; il faut qu'elle *résulte clairement* de l'acte (article 1273). Car toute novation renferme une renonciation aux droits que donnait la première obligation, et la renonciation ne doit pas dépendre d'une présomption. (Exposé de motifs, n° 146, Locré, XII, 377.) Mais il n'est plus nécessaire, comme en droit romain, qu'elle soit *formellement exprimée* (L. *ultima*, C., *De novationibus*, 8, 42).

Voici le sens de cette règle. Lorsque les parties ont apporté un changement à une obligation existante entre elles, leur but n'est pas toujours évident. Ainsi, par exemple, A doit 100 francs; il contracte l'obligation de livrer 4 hectolitres de froment. Cette nouvelle obligation se *cumule*-t-elle avec la première, la *remplace*-t-elle, ou rend-elle la première *alternative* ou *facultative* (voy. *suprà*, n° 111)? Ou bien, A est débiteur; il délègue B, que le créancier accepte. Le créancier a-t-il entendu décharger A, ou bien a-t-il entendu le prendre pour coobligé, ou pour caution?

Dans tous les cas de changement de la dette, on présume que le créancier a voulu conserver les droits que lui donnait la première obligation, si sa volonté d'éteindre cette obligation ne résulte pas clairement de l'*acte*, c'est à-dire de l'opération juridique qui s'est passée entre les parties. Ceci est surtout important pour les accessoires attachés à la dette, tels qu'hypothèques, priviléges ou cautions. (Cass. fr., 21 juin 1876, et 28 mars 1877, D., 1877, 1, 437, 501.)

D'après cette règle, il faut, pour qu'il y ait novation, que les changements apportés à la première obligation par la seconde soient assez importants pour caractériser l'intention de nover.

Ainsi, par exemple, accorder simplement un terme (Cass. fr., 11 mars 1868, D. 1868, 1, 435), ou augmenter les intérêts (Cass. fr., 13 nov. 1877, D., 1878, 1, 300), n'est pas faire novation. Mais il y aurait novation si l'*objet* de la dette était changé, comme cela a lieu, en cas de dation en payement. Il en serait de même si le titre de la dette était changé, par exemple si vous gardiez à titre de prêt le reliquat que vous deviez par suite de la gestion d'une tutelle. (Gand, 17 avril 1863, B. J., t. 21, 668.) Toutefois, il ne faut pas considérer comme un changement du *titre* (*titulus*) ou de la *cause* de l'obligation le changement ou le renouvellement du document ou de l'instrument de l'obligation, ou le changement des moyens d'exécution. Ainsi la reconnaissance d'une dette avec constitution d'une hypothèque, l'acceptation, même sans réserve, de billets négociables souscrits en payement d'une dette antérieure, n'emportent pas, en général, extinction de cette dette. (Brux., 29 mai 1872, P., 1873, 105; Cass. fr., 23 août 1871, D., 1871, 1, 323.) La dette commerciale ne perd pas ce caractère par cela seul qu'elle a été ensuite reconnue par un acte notarié et garantie par une hypothèque. (Voy. Zachariæ, § 323, notes 13-28; Chambéry, 20 mars 1868, D. 1868, 2, 192.) De même, le seul fait d'avoir porté une créance dans un compte général, afin d'en faciliter le règlement, n'emporte pas novation de cette créance. (Cass. fr., 29 nov. 1871, D., 1873, 1, 82.) Dans ces divers cas il peut y avoir novation, si telle a été la volonté des parties. (Liége, 22 mai 1869; P., 1871, 90.)

222. V. Il faut que la nouvelle obligation soit valable civilement ou tout au moins naturellement. Si elle était nulle, il n'y

aurait pas eu de novation, et l'ancienne obligation continuerait d'exister avec tous ses effets; par exemple si la chose donnée ou la créance cédée en payement n'existait pas. Ce serait comme si l'on avait fait un payement nul, par exemple en donnant la chose d'autrui ou de la fausse monnaie.

III. EFFETS DE LA NOVATION.

223. La novation éteint l'ancienne obligation d'une manière absolue, avec tous ses accessoires. Ainsi, les intérêts de l'ancienne dette cessent de courir, et si le débiteur était en demeure, elle est purgée. Toutes les exceptions résultant de l'ancienne dette sont anéanties par la novation; elles ne peuvent donc plus être opposées par le débiteur, ni, en cas de changement de personnes, par le nouveau débiteur, ni au nouveau créancier.

224. Tous les accessoires de l'ancienne dette s'éteignent avec elle. De là il suit que les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés (art. 1278). En ce qui concerne la réserve des priviléges et hypothèques, il faut distinguer quatre cas :

1° Le débiteur reste le même. Le créancier peut empêcher l'extinction des priviléges et hypothèques attachés à l'ancienne dette en stipulant qu'ils resteront attachés à la dette nouvelle; par exemple, le tuteur garde à titre d'emprunt les sommes dont il est reliquataire, et le créancier stipule que les hypothèques qui avaient existé au profit des mineurs subsisteront pour sûreté de ce prêt. Cette réserve suffit, mais sous les modifications résultant des principes sur le régime hypothécaire. Ainsi, par exemple, l'inscription hypothécaire, prise pour sûreté de l'ancienne dette, ne vaut que jusqu'à concurrence de la somme inscrite, quand même la nouvelle dette serait plus élevée que l'ancienne. Cette réserve ne peut nuire à personne, ni au débiteur, ni au tiers détenteur du fonds hypothéqué.

2° Le débiteur reste le même, mais il y a des débiteurs solidaires. Lorsque la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens de celui qui

contracte la nouvelle dette (art. 1280). Pour réserver les priviléges et hypothèques sur les biens des autres débiteurs, il faut leur consentement et leur intervention dans la novation. (Pothier, n° 599.)

3° Lorsque la novation s'opère par la délégation d'un nouveau débiteur, les priviléges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur (art. 1279). Ceci est évident. Car, pour que les biens du nouveau débiteur puissent être hypothéqués à la créance antérieure, il faut une nouvelle constitution d'hypothèque, conformément aux règles sur le régime hypothécaire, et elle n'aura de rang que du jour de son inscription.

4° La novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, sans le concours de l'ancien, par exemple par expromission (n° 217, 1°, *A*). Le créancier peut-il, au moyen d'une simple réserve, et sans le consentement de la personne dont les biens sont hypothéqués à l'ancienne dette, conserver cette hypothèque pour sûreté de la dette nouvelle?

Cette question est controversée. Toullier (VII, n° 312), Duranton (XII, n°s 310 et 311) et Zachariæ (§ 323, note 39), se prononcent pour l'affirmative; Delvincourt, Mourlon (t. II, p. 646), pour la négative, en suivant l'opinion de Pothier, n° 563, et le droit romain, fr. 30, D., *De novationibus*, 46, 2.

Cette dernière opinion est juste. D'abord elle est conforme au principe que l'extinction de l'obligation principale entraîne l'extinction des accessoires. Ensuite, elle est conforme au principe adopté par le code dans l'article 1280. Enfin, il est probable que le code a voulu suivre Pothier dans la solution de cette question, comme il l'a suivi dans l'hypothèse de l'article 1280. (Voy. ci-dessus, n° 2.)

Pour l'opinion contraire, on dit que le cas tombe sous l'article 1278, qui ne distingue pas entre le cas où la novation qui change le débiteur et celle qui conserve le même débiteur; qu'au surplus, cette réserve des hypothèques n'aggrave pas la position du débiteur, lequel se trouve toujours libéré personnellement par la novation. Il ne s'agit pas ici de constituer une nouvelle hypothèque. (Colmet de Santerre, n° 226 *bis*, III.)

225. Par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés.

La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions.

Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébiteurs, ou, dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement (art. 1281).

SECTION III.

DE LA REMISE DE LA DETTE (art. 1282-1288).

I. DÉFINITION DE LA REMISE ET DIVERSES ESPÈCES.

226. La remise est une renonciation à la dette. Elle peut avoir pour objet une obligation unilatérale ou une obligation bilatérale. Dans ce dernier cas, c'est une résiliation du contrat par consentement mutuel. (Voy. *suprà*, n° 42, alin. 2).

La remise doit être acceptée par le débiteur. La remise et l'acceptation peuvent être faites *expressément* ou *tacitement*. La remise peut être rétractée par le créancier, tant qu'elle n'a pas été suivie de l'acceptation, et tant que l'acceptation ne lui est pas encore connue. Ce dernier point est controversé. (Voy. *suprà*, n° 12.)

La remise gratuite de la dette n'est pas soumise aux *formes* des donations. Elle peut se faire par un simple *pacte*, qui a le même effet que l'acceptilation en droit romain, c'est-à-dire, d'éteindre de plein droit l'obligation, mais elle est assujettie aux règles *intrinsèques* sur les libéralités.

227. La remise peut se faire par une convention des parties, appelée aussi *décharge conventionnelle* (art. 1287, alin. 1).

Mais, en outre, la *loi* attache à certains faits la *présomption* que le débiteur est libéré, soit par la remise, soit par le payement de la dette.

228. 1° La remise volontaire du titre *original sous signature privée*, par le créancier au débiteur, fait *preuve* de la libération (art. 1282). Cet article aurait, à la rigueur, dû être placé au cha-

pitre VI, section III, § Ier, parce qu'il établit une présomption *légale* de *libération*.

La loi présume ou que le créancier a été payé, ou qu'il a voulu faire à son débiteur une libéralité. Cette présomption est *juris et de jure;* elle n'admet pas la preuve contraire, parce que, après cette remise, le créancier est dessaisi du moyen de prouver l'existence de sa créance et d'en poursuivre le payement, et aussi parce que, après la remise du titre original, le débiteur peut avoir détruit la preuve de sa libération. Une semblable remise équivaut à une quittance, dit l'Exposé de motifs, n° 154. (Locré, XII, p. 381.)

Par identité de motifs, il en est de même de la remise de l'original d'un acte notarié passé en brevet. Le créancier ne peut pas prouver le contraire.

229. 2° La remise volontaire *de la grosse* du titre fait *présumer* la remise de la dette ou le payement, sans préjudice de la preuve contraire (art. 1283). Elle fonde une présomption *juris tantum*. La présomption de libération est moins forte dans ce cas, parce que le créancier peut, en se faisant délivrer une nouvelle grosse, prouver l'existence de sa créance (code de proc. civile, art. 844).

230. Dans les deux cas, la possession du titre par le débiteur fait *présumer* qu'il le possède par suite d'une tradition *volontaire* de la part du créancier, sauf la preuve contraire à fournir par ce dernier (Cass. fr., 6 août 1873, D., 1875, 1, 260). Car il serait le plus souvent impossible au débiteur de prouver la *remise volontaire*, tandis que les faits particuliers qui font que la remise n'est pas volontaire, par exemple, le dol, la surprise, la violence, l'abus de confiance, étant des faits positifs, peuvent se prouver. Toute possession doit être présumée régulière. Dans l'opinion contraire, les articles 1282 et 1283 seraient le plus souvent sans utilité pratique. Cette preuve peut se faire par témoins, lors même qu'il s'agit d'une somme de plus de 150 francs; car ce n'est pas une *obligation* que l'on veuille établir; mais on veut établir un fait, par lequel on conteste l'allégation de la remise volontaire (Brux., 19 mai 1873, P., 1873, 337). De plus, la remise du titre est un moyen naturel et très-usité de libérer le débiteur. (Exposé de motifs, n° 154, Locré, XII, 381.) Cette doctrine est conforme à

l'opinion de la plupart des auteurs. La jurisprudence l'admet également, mais d'une manière moins absolue. Elle a décidé que, si la possession du titre peut, le plus souvent, faire supposer la remise volontaire, le code n'a pas attaché à cette possession la *présomption légale* de la remise volontaire et que son silence laisse aux tribunaux la faculté de décider d'après les circonstances particulières de la cause. (Cass. fr., 17 mars 1869, D., 1869, 1, 338; 11 février 1873, D., 1873, 1, 477; 12 août 1874, D., 1875, 1, 134; 12 novembre 1877, D., 1878, 1, 292.) Pothier, *Oblig.* n° 573 suivant Boiceau, avait déjà énoncé cette opinion en disant que la qualité de la personne peut affaiblir la présomption résultant de la possession du titre, et que dans certains cas il incombera au débiteur de prouver que c'est le créancier qui lui en a fait la remise volontaire. - La destruction postérieure par le débiteur des titres dont la remise volontaire avait été établie ou était présumée, laisse subsister la présomption de libération. (Cass. fr., 12 nov. 1877, D., 1878, 1, 292.)

231. La remise tacite de la dette peut résulter d'autres faits que ceux indiqués sous les n°s 229 et 230. Cependant ces faits n'établissent pas une présomption *légale*, mais simplement une présomption de l'homme, et seulement dans les cas où la preuve testimoniale est reçue (art. 1353). La remise de la chose donnée en nantissement ne suffit pas pour faire présumer la remise de la dette (art. 1286).

II. EFFETS DE LA REMISE.

232. 1° La *remise du titre*, avec les distinctions faites aux n°s 228 à 230 ci-dessus, libère non-seulement le débiteur principal, mais aussi les cautions. Si elle a été faite à un des codébiteurs solidaires, tous les autres sont libérés (art. 1284).

2° La décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions. Si la remise faite au débiteur principal ne libérait pas la caution, elle serait aussi inopérante à l'égard du premier, puisque la caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal (art. 2037). Mais celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal, et celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres (art. 1287).

Mais la décharge conventionnelle, au profit de l'un des codébiteurs solidaires, *libère tous les autres*, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre les autres codébiteurs. Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise (art. 1285). Car, si le créancier pouvait encore exiger la totalité de la dette contre les autres débiteurs solidaires, celui d'entre eux qui l'aurait payée pourrait exercer son recours contre chacun de ses codébiteurs pour sa part et portion, donc aussi contre celui qui aurait obtenu la remise, laquelle serait alors sans effet.

Si le créancier a simplement consenti à la *division* de la dette au profit de l'un des débiteurs solidaires, il conserve aussi son droit contre les autres, sous déduction de la part du débiteur, qu'il a déchargé de la solidarité (art. 1210, et *suprà*, n° 129).

233. Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette, et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions (art. 1288).

Ce point était autrefois controversé. Dumoulin pensait que le créancier ne devait pas imputer sur la dette ce qu'il avait reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement, parce que c'était le prix du risque dont il déchargeait la caution et qu'il prenait désormais pour lui-même. Son opinion n'a pas été admise, d'abord parce qu'il serait difficile de prouver qu'il y avait des risques d'insolvabilité, et surtout parce que le législateur a craint que ce ne fût un moyen de fraude à l'égard des autres cautions, si le créancier et la caution s'entendaient pour que la somme payée ne fût pas imputée sur la dette. (Exposé de motifs, n° 159, Locré, XII, p. 382; Pothier, n° 582.)

Il suit de la disposition qui précède que la caution peut répéter contre le débiteur principal ce qu'elle a payé pour la décharge de son cautionnement.

La remise faite à l'une des cautions profite aux autres pour la part pour laquelle elles auraient recours contre la caution déchargée (arg. art. 2033, 1285).

SECTION IV.

DE LA COMPENSATION (art. 1289-1299).

I. DÉFINITION, INTRODUCTION HISTORIQUE ET DIVISION.

234. Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, les deux dettes peuvent s'éteindre jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives (art. 1289). Ce mode d'extinction s'appelle *compensation*. Le principe de la compensation ne porte pas en lui une nécessité juridique. Elle pourrait aussi bien ne pas avoir lieu. Rien ne s'oppose à ce que les dettes des deux personnes subsistent sans se détruire. En droit romain, elle a été introduite pour des raisons d'équité et afin de diminuer les procès.

235. En **France**, la compensation n'était d'abord en usage que dans les pays du droit écrit; elle était défendue dans les pays du droit coutumier, où l'on suivait la maxime : *Une dette n'empêche pas l'autre*; c'est-à-dire, lorsque deux personnes étaient réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre, chaque partie devait poursuivre, devant le juge du domicile de son débiteur, le payement de ce qui lui était dû, sans pouvoir l'une ni l'autre user de reconvention ni opposer la compensation. C'était une conséquence de l'ancienne organisation judiciaire. Les justices étant patrimoniales et rapportant des bénéfices au juge ou au seigneur, pour chaque action le créancier devait poursuivre le débiteur devant le juge de son domicile, qui seul avait le droit de le juger, et qui ne devait pas être frustré de ce droit, ce qui aurait eu lieu, si le défendeur avait pu, par forme de compensation, porter devant son *propre juge* la dette que lui devait le demandeur.

Exceptionnellement on pouvait opposer la compensation si l'on avait obtenu des lettres royales, appelées lettres de compensation. Plus tard, par l'influence du droit romain, du droit canon et des jurisconsultes, elle fut admise d'abord comme exception

dans la coutume de Paris de 1510 (art. 74), et maintenue comme règle dans la coutume réformée de 1580, dont l'article 105 disait : « *Compensation n'a lieu, si la dette qu'on veut compenser n'est liquide et par écrit.* » Cette règle est une abrogation de la règle : « Une dette n'empêche pas l'autre. »

236. On peut diviser la compensation en *légale*, qui s'opère de *plein droit* et sans l'intervention des parties (art. 1290), et en *facultative*. Lorsque la compensation légale ne peut avoir lieu, la compensation facultative peut se faire, ou par la volonté commune des parties, ou par la volonté d'une seule, dans l'intérêt de laquelle la loi empêchait la compensation; par exemple, vous me poursuivez en payement d'une dette exigible, j'ai contre vous une dette à terme, vous pouvez admettre la compensation. Enfin la compensation facultative peut se faire par l'effet d'une demande reconventionnelle, dans les cas où cette dernière est admise.

II. CONDITIONS REQUISES.

A. *Quant à la dette même.*

237. 1° Il faut que les dettes aient également pour objet une certaine quantité de choses *fongibles*, de la même espèce, par exemple de l'argent, du froment ou du vin de la même qualité. Car autrement on violerait la règle que « le créancier ne peut pas être forcé à recevoir une autre chose que celle qui lui est due » (art. 1291). Cette règle souffre exception, en ce que les prestations en grains ou denrées, dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes d'argent (art. 1291, alin. 2). Le motif de cette exception, c'est que l'on peut toujours se procurer des grains avec de l'argent ou, réciproquement, de l'argent avec du grain.

Mais les prestations en grains ou denrées ne pourraient pas se compenser avec des prestations en grains ou denrées d'une autre espèce (Zachariæ, § 326, note 5).

La compensation se fait entre une dette chirographaire et une dette hypothécaire (Bourges, 20 déc. 1871, D., 1872, 2, 171).

238. 2° Les deux dettes doivent être également *exigibles* (art. 1291). Donc, deux créances conditionnelles, ou une créance

conditionnelle et une créance pure et simple ne peuvent pas être compensées. Toutefois, une créance soumise à une condition *résolutoire* peut être compensée avec une dette pure et simple, parce que la première est actuellement due. Le débiteur d'une dette à terme n'est pas tenu d'admettre en compensation une dette actuellement exigible, à moins qu'il ne s'agisse d'un terme de grâce (art. 1292, 1244), parce que la compensation lui offre, dans ce cas, un moyen facile de se libérer.

Lorsqu'une dette non exigible est devenue exigible par suite de la faillite du débiteur, le créancier ne peut en invoquer la compensation. La déchéance du bénéfice du terme résultant de la déconfiture du débiteur, ou de ce que, par son fait, il a diminué les sûretés données par le contrat à son créancier, rend la créance susceptible d'être opposée en compensation, après le jugement qui a prononcé cette déchéance.

Il résulte encore de cette règle qu'une dette purement naturelle (voy. *suprà*, n° 159), ou une dette prescrite, ou une obligation annulable ne peuvent pas être opposées en compensation.

239. 3° Il faut que les deux dettes soient également claires et liquides. Une dette est liquide lorsqu'il est constant *qu'elle est due*, et *combien il est dû* (*an et quantum debeatur*) (art. 1291). Il n'est pas absolument nécessaire qu'elle soit reconnue; il suffit que son existence et sa quotité puissent être immédiatement établies (Cass. fr., 30 janvier 1872, D., 1872, 1, 413). D'ailleurs, c'est au juge d'apprécier si la dette est assez liquide pour être admise en compensation (Brux., 12 janvier 1860, B. J., t. 18, 743; P., 1865, 355).

B. *Quant aux personnes.*

240. En général, il faut que les dettes et les créances soient personnelles à celui qui oppose la compensation et à celui à qui elle est opposée. Le créancier n'est pas tenu de compenser avec ce qu'il doit à un autre qu'au débiteur (Liége, 3 août 1864, P., 1865, 78). Ainsi, celui qui représente une autre personne, par exemple le mandataire ou le tuteur, ne peut pas opposer en compensation ce qui est dû à la personne qu'il représente, avec ce qu'il doit personnellement, et *vice versâ* (Brux., 12 août 1875,

P., 1876, 11). Le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution (art. 1294, alin. 2). Sur l'application de cette règle aux dettes solidaires (voy. *suprà*, nos 119, 127).

L'héritier non bénéficiaire peut compenser ce qu'il doit personnellement avec ce qui est dû à la succession, et *vice versâ*, en vertu de l'unité des patrimoines. Ce n'est pas une exception à cette règle.

241. La règle du n° 240 se modifie dans les cas suivants : 1° la caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal (art. 2036), et aussi la compensation de ce que le créancier doit à la caution (art. 1294); 2° le débiteur peut opposer au cessionnaire la compensation de ce que le cédant lui devait *avant* la notification de la cession. Toutefois, le débiteur qui a *accepté purement et simplement* la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant (art. 1295). Le débiteur est alors censé avoir renoncé à la compensation.

Le débiteur peut toujours opposer la compensation de ce que le cessionnaire lui doit personnellement.

Le débiteur devenu cessionnaire d'une créance sur son propre créancier peut la lui opposer en compensation (Cass. fr., 23 mars 1870, D., 1871, 1, 51).

III. CAS DANS LESQUELS LA COMPENSATION N'A PAS LIEU.

242. La compensation ne requiert pas d'autres conditions que celles exposées aux nos 237 à 241. Ainsi, elle a lieu, quelles que soient les causes ou les formes extérieures de l'une ou de l'autre des dettes (art. 1293, alin. 1), sauf les exceptions indiquées au n° 244, *infrà;* elle a lieu en cas d'inégalité entre le montant de l'une ou de l'autre créance (art. 1290), ou en cas de diversité du lieu du payement, sauf, dans ce dernier cas, à tenir compte des frais de remise à celle des parties à laquelle ils peuvent être dus, suivant les circonstances et le cours du change (art. 1296). L'incapacité des parties de contracter n'est pas un obstacle à la compensation.

243. Mais la compensation n'a pas lieu :

I. Au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi, par exemple, celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation (art. 1298). De même le créancier hypothécaire postérieur, s'étant rendu acquéreur de l'immeuble hypothéqué, ne peut, au préjudice des droits acquis aux créanciers hypothécaires antérieurs, prétendre qu'il s'est opéré une compensation entre sa créance et le prix de l'acquisition.

244. II. La compensation n'a pas lieu dans les trois cas de l'article 1293, savoir :

1° De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé. Il importe peu que la chose soit un corps certain et déterminé ou une chose fongible, par exemple une somme d'argent. Dans le premier cas, la compensation est déjà impossible à raison du caractère de la chose (voy. n° 237). Dans le second cas, la compensation n'a pas lieu, bien que le caractère de la chose due la permette. Ainsi, A doit 100 francs à B; ce dernier lui enlève furtivement ou violemment 100 francs. Il ne peut pas opposer la compensation à la demande en restitution que lui intente A; il faut avant tout qu'il restitue.

Cette règle est fondée sur un motif d'ordre et de paix publique exprimé par l'ancien adage : *Spoliatus ante omnia restituendus*.

245. 2° La compensation n'a pas lieu dans le cas de la demande en restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage (art. 1293, 2°). Le motif est le même que dans le cas précédent; car le refus de rendre un dépôt ou un prêt à usage est une espèce de spoliation (Exposé de motifs, n° 163, Locré, p. 385).

Mais on se demande à quels cas cette *exception* peut s'appliquer. Le dépositaire et l'emprunteur à usage doivent rendre identiquement la chose même qu'ils ont reçue; ils sont donc débiteurs d'un corps certain et déterminé, d'une dette qui n'est pas compensable (art. 1932, 1878). Le cas, au lieu d'être une exception, rentre donc dans la règle.

Suivant quelques jurisconsultes, cette disposition est une inadvertance du législateur. D'autres, partant de la même idée, appli-

quent cependant l'exception au seul des cas prévus dans lequel la nature de la chose due n'exclurait pas la compensation, c'est-à-dire au dépôt appelé *irrégulier,* lorsque l'objet du dépôt est une chose fongible, par exemple une somme d'argent, qui devrait être restituée seulement *in genere.* D'autres enfin appliquent l'exception à tous les cas où le dépositaire ou l'emprunteur ne restitue pas le dépôt ou le prêt par suite de sa faute ou de son dol, et où il est, dès lors, devenu débiteur des dommages-intérêts, donc d'une dette compensable en principe. La restitution du dépôt ou du prêt est une dette de confiance. Elle ne change pas de nature parce que le débiteur en a rendu l'exécution impossible, ou peut-être parce qu'il ne veut pas l'exécuter par son dol ou sa faute. Lui permettre alors d'opposer la compensation, ce serait lui donner un moyen de rendre sa position meilleure par son dol ou par sa faute. Voilà pourquoi la loi le lui défend.

Cette opinion est juste. Elle trouve sa confirmation dans les articles 1885 et 1948 conçus dans le même ordre d'idées; elle a pour elle la raison et le texte de la loi. Car, pour que la compensation ne puisse pas avoir lieu, il suffit que la *demande* ait pour objet la restitution d'un dépôt ou d'un prêt à usage, quand même la *condamnation* aurait, faute de ce faire, pour objet une somme d'argent. Il est vrai que Pothier, *Du prêt à usage,* n° 44, admet la compensation dans ce cas. Mais nous croyons devoir nous écarter de son opinion en présence du texte et de la raison de la loi.

246. 3° La compensation n'a pas lieu dans le cas d'une dette d'aliments déclarés insaisissables. Il importe peu que les aliments soient déclarés insaisissables par la loi ou par le titre qui les a constitués. Le motif de cette disposition, c'est « qu'une tierce personne ne pourrait pas saisir la somme due pour aliments, — retenir cette somme serait une espèce de saisie ». (Exposé de motifs, n° 163, Locré, p. 385.)

247. III. La compensation ne peut pas être opposée à la demande des contributions dues à l'État, à la province et aux communes. (Voy. fr., 46, § 5, D., *De jure fisci,* 49, 14; L. 7, C., *De compensat.,* 4, 31.) La loi ne fait pas formellement cette exception, « parce que », disait Bigot-Préameneu au conseil d'État, « la disposition (relative à la compensation) étant dans l'ordre

civil est étrangère aux impositions qui tiennent à l'ordre public. Rien ne doit en arrêter le payement : l'intérêt général exige que l'État ne soit pas privé de ses revenus ». (Séance du conseil d'État du 25 brumaire an XII, nº 15, Locré, XII, 186.)

Quant aux autres créances contre l'État, aucune disposition ne défend de les opposer en compensation. Il paraît même que l'intention du législateur était de l'admettre. « Il n'y a de compensation avec le trésor public », disait Portalis dans la même séance du conseil d'État, « que lorsqu'il doit à la manière des particuliers et qu'on lui doit de la même manière, c'est-à-dire lorsque la dette naît de contrats régis par le droit civil, comme serait, par exemple, un contrat de vente ». (Locré, *ibidem*.) Mais il est généralement admis par les auteurs que la compensation entre l'État et les particuliers n'est admise qu'autant que l'État se trouve, en sa double qualité de créancier et de débiteur, représenté par la même régie (L. 1, C., *De comp.*, 4, 31), et que cette compensation ne porte pas atteinte aux règles de la comptabilité financière. (Zachariæ, § 327, note 8.)

248. IV. La compensation n'a pas lieu si l'une ou l'autre partie y a renoncé d'avance. Cette renonciation n'a rien de contraire à la loi, comme, par exemple, la renonciation à la prescription (art. 2220). La renonciation à la compensation peut avoir lieu *avant* ou *après* la coexistence des deux dettes, expressément, ou tacitement, comme, par exemple, dans le cas de l'article 1295, alin. 1. (Voy. *suprà*, nº 241 ; Brux., 19 mai 1873, P., 1874, 84.) Dans le doute, il faut présumer contre la renonciation. Ainsi, le débiteur qui a payé un à-compte peut opposer en compensation le restant de sa dette; il peut opposer la compensation encore en instance d'appel ou même lors de l'exécution du jugement rendu contre lui.

La renonciation à la compensstion opérée ne peut pas porter préjudice aux droits des tiers. Ainsi celui qui a payé une dette qui était, de droit, éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir au *préjudice des tiers*, des priviléges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette, par exemple, si la créance de celui qui a payé et qui aurait pu l'opposer en compen-

sation provenait d'une succession encore inconnue au moment du payement (art. 1299). Le motif juridique de cette disposition, c'est qu'à la rigueur, celui qui a payé la dette éteinte par compensation n'exerce plus sa créance, laquelle est éteinte, mais une *condictio indebiti*. (Pothier, n° 603; Demante, n° 251.) Dans la dernière hypothèse de l'article 1299, il y a une espèce de restitution en entier.

IV. DES EFFETS DE LA COMPENSATION.

249. Le code attribue à la coexistence de deux dettes un effet de compensation plus absolu que le droit romain, en disant que la compensation s'opère *de plein droit* par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives (art. 1290). Le motif de cette disposition est que « les débiteurs n'ont pas d'autre intérêt que celui d'être respectivement quittes et d'être dispensés d'un circuit de procédures long, inutile et dispendieux. » (Exposé de motifs, n° 161, Locré, p. 383.)

Une conséquence de cette règle, c'est que celui qui est poursuivi en payement d'une dette peut opposer en compensation une créance prescrite, si la prescription n'était pas accomplie quand sa dette était payable. (Bruxelles, 21 mai 1860, P., 1864, 382.)

Les dispositions des articles 1294, alin. 1, et 1295 (*suprà*, n° 241) sont des conséquences de la règle que la compensation s'opère de plein droit; celle de l'article 1294, alin. 3, portant que le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur, en est une dérogation, que le législateur a introduite afin d'éviter que l'un des débiteurs solidaires ne pût, en opposant la compensation du chef de son codébiteur, engager ce dernier, malgré lui, dans des procès désagréables, relativement à l'existence de sa créance, et à la question de savoir si elle est susceptible d'être opposée en compensation. (Voy. les Observations du Tribunat, n° 57, Locré, t. XII, 279.)

Cette défense d'opposer la compensation est absolue, et le débiteur poursuivi ne peut pas opposer la compensation jusqu'à concurrence de la part et portion de son codébiteur dans la dette. (Cass. belge, 13 juin 1872; B. J., t. 30, p. 929 et la note; P.,

1872, 300; D., 1874, 2, 128.) La question est controversée.

Toutefois, il ne faut pas conclure de ce principe que la compensation doive s'opérer nécessairement, même *contre* la volonté des parties, et qu'elles ne puissent pas y renoncer. (Voy., n° 248.)

250. Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit, pour la compensation, les règles établies pour l'imputation des payements (art. 1297, voy. n°s 196-198).

V. EFFETS DU REJET DE LA COMPENSATION.

251. Il faut distinguer pour quels motifs elle n'a pas été admise : 1° si le juge ne l'a pas admise parce que la dette n'avait pas les conditions requises pour être opposée en compensation, par exemple parce qu'elle n'était pas exigible ou liquide, le débiteur peut faire valoir ses droits dans un procès séparé; 2° si elle a été rejetée parce que la créance du débiteur n'était pas fondée, il y a *chose jugée* contre lui et il ne peut plus faire valoir cette créance.

SECTION V.

DE LA CONFUSION (art. 1300-1301).

252. L'extinction de l'obligation par confusion est fondée sur ce que personne ne peut être débiteur envers lui-même. Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion qui éteint *la dette*, et non pas, comme le dit l'article 1300, les *deux créances*, car il n'y en a qu'une, celle due par le débiteur. (Cass. fr., 16 mars 1874, D, 1876, 1, 249.)

Si la confusion ne se fait que pour une partie de la créance, elle est éteinte pour cette partie.

La confusion s'opère lorsque, par suite d'une succession *ab intestat*, ou testamentaire, ou par suite d'une donation universelle ou à titre universel, le créancier succède à son débiteur, ou le

débiteur à son créancier, ou lorsque la même personne succède au débiteur et au créancier.

Toutefois la confusion ne s'opère pas en cas d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire (art. 802, n° 2), ni en cas de séparation de patrimoines (art. 878).

253. La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite à ses cautions, lesquelles sont libérées (art. 1301, alin. 1).

254. La confusion qui s'opère dans la personne de la caution n'entraîne point l'extinction de l'obligation principale (art. 1301, alin. 2). Alors la caution est libérée, mais elle peut exiger l'exécution de l'obligation contre le débiteur principal. Dans ce cas, la dette continue d'exister à l'égard des autres cautions, lesquelles ne pourraient cependant être poursuivies que sous déduction de la part que devait supporter la caution dans la personne de laquelle la confusion a eu lieu.

La confusion qui s'opère entre le débiteur principal et la caution n'éteint pas le cautionnement et laisse subsister l'hypothèque fournie par la caution. (Cass. fr., 21 août 1872, D., 1873, 1, 278.)

255. La confusion qui s'est opérée dans la personne du créancier, ou d'un des débiteurs solidaires, ne profite à ses codébiteurs solidaires que pour la portion dont il était débiteur (article 1301, alin. 3, et *suprà*, n° 126). Dans ce cas, la personne dans laquelle la confusion s'est opérée n'est pas tenue de diviser son action contre les autres débiteurs solidaires.

256. La confusion peut être *révoquée* ou venir à *cesser*. Elle est *révoquée* lorsque l'acte juridique qui l'a produite est annulé pour une cause qui lui était inhérente dès le principe (*ex antiqua causa*), et qui opère rétroactivement comme la condition résolutoire (art. 1183); par exemple dans le cas de restitution contre l'acceptation d'une succession (art. 783). Alors les choses sont remises au même état qu'auparavant, et la confusion perd aussi ses effets à l'égard des tiers.

La confusion vient à *cesser* lorsque la cause qui l'a produite est anéantie par suite d'un fait postérieur (*ex nova causa*), par exemple lorsque le créancier ou le débiteur cède l'hérédité (art. 1696-1698). Dans ce cas, les effets de la confusion continuent d'exister à l'égard des tiers (arg. art. 1263, 1299).

SECTION VI.

DE LA PERTE DE LA CHOSE DUE (art. 1302, 1303).

---

257. Une obligation s'éteint lorsque l'exécution en est devenue impossible sans la faute du débiteur et sans qu'il fût en demeure. L'article 1302 est une application de ce principe. (Voy. *suprà*, nos 60-62.) Cette règle s'applique aux obligations de faire comme aux obligations de donner. Il suit de là que le débiteur d'un corps certain et déterminé (*species*) est libéré par la perte de cette chose, et qu'il en est de même du débiteur d'une chose comprise parmi un certain nombre de choses déterminées, lorsque toutes ces choses ont péri, par exemple, quand la dette est alternative (art. 1195, 1196; voy. *suprà*, 114, I). Mais cette règle n'est pas applicable au cas où l'obligation a pour objet une chose déterminée seulement quant *à son espèce* (*genus*), par exemple une quantité de froment (voy. *suprà*, n° 57), parce que l'espèce tout entière ne périt pas (*genus nunquam perit*). Sur la preuve du cas fortuit, voy. *suprà*, n° 62.

258. Lors même que le débiteur est en demeure, l'obligation est éteinte si le débiteur prouve que la chose aurait également péri chez le créancier, dans le cas où elle lui eût été livrée (art. 1302, alin. 2, 3).

259. Cette exception s'applique-t-elle aussi au cas où une chose volée doit être restituée? Oui, suivant Zachariæ, § 331, note 6; non, selon Pothier, *Oblig.*, n° 664, et Toullier, VII, n° 468. La seconde opinion doit être préférée, car le dernier alinéa de l'article 1302 déroge aux règles antérieures que contient cet article. Si l'on n'admet pas cette dérogation, le dernier alinéa de l'article 1302 portant : « de quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix », serait complétement inutile; ce ne serait que la répétition de l'alinéa 2. Au reste, l'Exposé de motifs, n° 171, ne laisse aucun doute sur la solution. « Si la cause de la dette était un vol », dit Bigot-Préameneu, « l'ordre public s'opposerait à ce que le débiteur fût admis

à proposer contre la demande de restitution aucune exception, pas même celle de la perte de la chose sans sa faute. »

260. Lorsque la chose principale a péri, l'accessoire, ou la partie de la chose qui est restée, est due. (Pothier, n° 633.) D'ailleurs, d'après le code, le créancier en est propriétaire (art. 711, 1138).

De plus, aux termes de l'article 1303 : « lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les *céder à son créancier* ». C'est la reproduction du § 3, J., *De emptione et venditione*, 3, 24. En droit romain, cette disposition était nécessaire, parce que l'action en indemnité appartenait au *propriétaire,* et l'acheteur ne devenait propriétaire que par la tradition. Si donc la chose périssait ou était endommagée avant la tradition, le créancier n'avait pas l'action en indemnité *proprio jure;* elle devait lui être cédée.

Aujourd'hui cette cession n'est plus nécessaire. Le créancier d'un corps certain et déterminé étant devenu propriétaire de la chose par l'effet de la convention, l'action en indemnité contre l'auteur de la destruction ou du dommage lui appartient *de droit* sans cession. D'ailleurs, l'action en dommages-intérêts lui appartient en nom propre, parce que le préjudice tombe sur lui. Le débiteur doit mettre le créancier à même d'agir en lui fournissant tous les moyens à cet effet, par exemple les pièces justificatives de son droit, les procès-verbaux constatant à la charge du tiers la destruction ou la détérioration de la chose. (Colmet de Santerre, n° 260 *bis,* III.)

Toutefois, la règle de l'article 1303 n'est pas entièrement inutile; il y a des cas où elle peut être applicable; par exemple lorsque la dette est alternative et qu'un tiers a détruit toutes les choses alternativement dues. Dans ce cas, le débiteur doit céder son action en indemnité au créancier d'après les règles sur le choix dans les obligations alternatives. (Voy. n° 112.)

Y a-t-il un intérêt pratique à distinguer si l'action en indemnité appartient de droit au créancier, ou si elle doit lui être cédée? Oui. Car, si l'action en indemnité naissait dans la personne du débiteur, elle servirait de gage à tous ses créanciers, y compris celui auquel la chose périe aurait dû être livrée. Si

elle appartient de droit au créancier, ce dernier y a seul droit. (Mourlon, *Répétitions écrites sur le code Napoléon*, t. II, p. 672.)

SECTION VII.

DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION DES CONVENTIONS (art. 1304-1314).

I. NOTIONS GÉNÉRALES ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

261. La loi établit les conditions essentielles de la validité des conventions. (Voy. *suprà*, n° 9.) En l'absence d'une de ces conditions, la convention n'existe pas aux yeux de la loi; elle est nulle de *plein droit*, elle est non existante. C'est ce qui a lieu en cas de défaut absolu de consentement (arg. art. 146), ou d'un objet valable, ou d'une cause, ou lorsque la cause est illicite, ou lorsque la convention n'est pas revêtue de la forme exigée par la loi pour sa validité (art 931, 1394). Quel est l'effet de cette nullité? Les rapports juridiques entre les personnes entre lesquelles sont intervenus les faits qui ne constituent pas une convention valable et qui n'en ont que l'apparence, doivent être jugés en général comme si rien n'avait été fait entre elles. Donc, la demande d'exécution d'une convention nulle peut être repoussée par une exception perpétuelle; et, si l'une des parties a exécuté cette convention, elle peut poursuivre la restitution de ce qu'elle a donné en exécution et demander à être rétablie dans l'état antérieur à cette exécution. L'action à cet effet dure tant que durent en général les actions, c'est-à-dire trente ans.

262. Mais une convention peut réunir les conditions essentielles de sa validité et néanmoins être entachée d'un vice qui lui enlève sa force obligatoire, soit en vertu d'une disposition du droit positif, soit parce que l'équité naturelle s'oppose à ce qu'une semblable convention produise son effet. De semblables conventions ne sont pas *nulles de plein droit*, mais seulement *annulables* ou *rescindables*. La partie obligée peut, à raison du vice dont la convention est entachée, en demander la *nullité* ou la *rescision*;

elle peut aussi ne pas se prévaloir de ce vice et rendre la convention valable par l'exécution volontaire ou par une approbation ou *confirmation expresse* ou *tacite*.

263. Notre législation considère comme *nulles de droit* les conventions auxquelles il manque une des conditions essentielles à sa validité, indiquées *suprà*, au n° 261, sauf en ce qui concerne la *capacité* de contracter. La capacité de contracter est seulement une condition de la *validité*, non de l'*existence même* de la convention. La loi considère les conventions comme *existantes*, mais comme *annulables* ou *rescindables*, lorsque la partie obligée était *incapable* de contracter, ou lorsque son consentement est vicié par *erreur*, *violence* ou *dol*, ou lorsqu'il y a *lésion*.

Pourquoi le défaut de capacité est-il seulement assimilé aux vices du consentement? Sans doute parce que la capacité est de droit *positif*, et qu'une convention conclue par un individu *civilement* incapable peut avoir été consentie par une personne ayant pour contracter toutes les qualités requises par le droit naturel.

264. Dans cette section VII, le code ne traite que des conventions *annulables* ou *rescindables*. Il traite des nullités de plein droit dans les règles générales sur les obligations et dans les différents contrats, en prescrivant les règles particulières à chacun d'eux.

« L'action en nullité ou en rescision ne s'applique donc qu'au cas où la convention peut produire une action, qui néanmoins est susceptible d'être repoussée par une exception; c'est-à-dire : 1° au cas d'incapacité ; 2° au défaut du consentement », dit Jaubert. (Rapport au Tribunat, n° 60. Voy. aussi Mouricault, Disc. au Corps législatif, n° 44, Locré, XII, 492 et 578.)

265. Dans l'ancien droit on distinguait deux sortes d'actions par lesquelles on pouvait parvenir à détruire une convention : c'étaient l'action en *nullité* et l'action en *rescision*. Il y avait lieu à l'action en nullité lorsqu'une obligation était déclarée nulle de plein droit par les lois, par les ordonnances ou par les coutumes. Cette action était portée immédiatement devant le juge compétent pour en connaître. Elle ne se prescrivait en général que par trente ans.

Celui qui avait contracté une convention nulle, pour les mêmes raisons, et qui ne l'avait pas encore exécutée, pouvait toujours

opposer la nullité par voie d'*exception*, même sans lettres du prince.

266. L'action en *rescision* ou en *restitution* avait lieu lorsque les règles de l'équité avaient été violées dans une convention, par exemple si elle était entachée d'erreur, de dol, de violence ou de lésion, c'est-à-dire dans les cas où, d'après le droit romain, la restitution en entier (*in integrum restitutio*) était accordée. Celui qui voulait intenter cette action devait préalablement obtenir des lettres de *relief* ou de *rescision*, qui se délivraient au nom du roi par les chancelleries établies auprès des cours souveraines. Ces lettres étaient accordées sans connaissance de cause. Les juges royaux, auxquels ces lettres étaient adressées, avaient à statuer sur le mérite de la demande et à l'admettre ou à la rejeter.

Les lettres de *relief* ou de rescision ne pouvaient être demandées que pendant dix ans. « *Voies de nullité n'ont point de lieu* », disait un vieil adage, c'est-à-dire, la nullité qui n'est pas fondée sur les lois, les ordonnances ou les coutumes ne peut pas être poursuivie, ni directement par voie d'action, ni même par voie d'exception. Il fallait d'abord obtenir des lettres du prince pour faire casser ou rescinder l'acte. (Loysel, *Institutes coutumières*, n° 706.)

Le décret des 7-11 septembre 1790, art. 20 et 21, a supprimé les chancelleries et ordonné que désormais l'action en rescision serait intentée comme l'action en nullité, par demande directe devant le juge compétent.

267. L'action en nullité, fondée sur l'absence d'une des conditions essentielles pour la validité des obligations, a la durée de trente ans. De plus, l'inexistence du contrat peut être invoquée par *tous* les intéressés.

En ce qui concerne l'action en *nullité* et l'action en *rescision* tendant à faire anéantir une convention simplement annulable ou rescindable, le code les a confondues, en les soumettant aux mêmes règles quant à leur forme, leurs effets, leur durée et quant aux fins de non-recevoir qu'on pourrait y opposer. Le code se sert indifféremment des termes *nullité* ou *rescision* pour qualifier l'action par laquelle on demande la rétractation d'une convention entachée d'erreur, de violence ou de dol. (Voy. art. 887, 892, 1110, 1111, 1113, 1115, 1117, 1304.)

Il est vrai qu'il emploie exclusivement les termes *rescision* ou *restitution*, pour qualifier l'action par laquelle on poursuit la rétractation d'une convention pour cause de lésion (art. 887, 1305, 1306, 1313, 1674). Mais cette différence dans la dénomination n'implique aucune différence intrinsèque entre ces deux actions.

268. Suivant Duranton (t. XII, n° 526, et Zachariæ, § 333, à la fin), l'action en rescision et l'action en nullité diffèrent en ce que la première peut, à la différence de la seconde, être arrêtée par l'offre d'une indemnité suffisante pour faire disparaître la lésion. Ils se fondent sur les articles 891 et 1681. La loi admet formellement cette règle en matière de partage et en cas de vente d'immeubles, mais aucune disposition ne nous autorise à la généraliser et à l'étendre à tous les cas de lésion dans lesquels le mineur peut demander la rescision d'une convention.

II. DES CAS DANS LESQUELS UNE OBLIGATION PEUT ÊTRE ATTAQUÉE PAR L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION.

A. *Des cas autres que la minorité.*

269. 1° Ceux qui n'ont pas l'exercice complet de leurs droits civils ne peuvent, en général, pas s'obliger valablement (art. 1124). Ainsi, sont annulables : *a*. les obligations contractées par une femme mariée, sans l'autorisation de son mari ou de la justice (art. 215 et suiv.); *b*. celles contractées par une personne judiciairement interdite (art. 502-504); *c*. celles contractées par une personne placée sous conseil judiciaire, sans l'assistance de son conseil, dans les cas où cette assistance est nécessaire (art. 513, 514).

Dans ces cas, la nullité n'est que relative; elle ne peut être opposée que par les personnes déclarées incapables (art. 1125, 225). *Contractus claudicans*.

Mais ces personnes ne peuvent pas se pourvoir en nullité contre les obligations qui se forment indépendamment de leur capacité, par exemple contre celles résultant d'un délit ou d'un quasi-délit (arg. art. 1310), ou d'un quasi-contrat (art. 1370 et suiv.).

270. 2° Les obligations consenties par suite d'erreur, de violence ou de dol sont annulables ou rescindables, mais aussi

seulement à la demande de la partie dont le consentement a été vicié (voy. *suprà*, nos 14-29).

271. 3° Indépendamment du cas de minorité (voy. *infrà*, n° 273 et suiv.), la lésion n'est une cause de rescision que dans les cas spécialement exprimés par la loi (art. 1118, 1313; voy. art. 783, 887, 1674).

272. Dans les trois cas qui précèdent, l'action en nullité ou en rescision passe aux héritiers et aux successeurs à titre universel de ceux au profit desquels elle est admise. Elle peut aussi être intentée par leurs créanciers (art. 1166, et *suprà*, nos 81-85).

B. *Du cas de minorité* (art. 1305-1312).

1. INTRODUCTION HISTORIQUE.

273. 1. *Droit romain.* — En droit romain, le défaut d'âge pouvait, selon les circonstances, être sous trois rapports un obstacle à l'effet obligatoire des conventions. Les *enfants* (*infantes*), c'est-à-dire les personnes âgées de moins de sept ans, étant censés n'avoir point de volonté, étaient incapables de faire un acte quelconque, même à leur avantage. (Maynz, *Cours de droit romain*, § 12, note 6; § 34.) Les conventions par eux consenties étaient absolument nulles ou *inexistantes*. Les *impubères* ou *pupilles* (*impuberes*), c'est-à-dire les personnes âgées de plus de sept et de moins de quatorze ou douze ans, suivant que c'étaient des garçons ou des filles, n'étaient pas absolument incapables; ils pouvaient en général faire des actes qui leur étaient avantageux, mais ils ne pouvaient pas *disposer* de leurs biens ni *s'obliger*. Les conventions par eux contractées *existaient*, mais elles étaient *relativement* nulles. Les impubères pouvaient eux-mêmes en invoquer la nullité, mais ceux avec qui ils avaient contracté ne le pouvaient pas. Les impubères pouvaient s'engager valablement avec l'autorité de leurs tuteurs; mais s'ils étaient *lésés*, ils pouvaient obtenir la restitution en entier contre tous les actes faits par eux-mêmes avec l'autorité du tuteur, ainsi que contre les actes faits par le tuteur seul, même contre les aliénations régulières de leurs biens. (Maynz, § 346, notes 11-16; § 347.) Les aliénations de leurs biens, faites sans *l'autorisation du magistrat*, étaient *nulles*, et les pupilles pouvaient *revendiquer* leurs

biens, sauf le cas de ratification. (Maynz, § 347, notes 11-25.)

Les *mineurs* proprement dits (*minores XXV annis*), c'est-à-dire les personnes âgées de plus de douze ou quatorze, mais de moins de vingt-cinq ans, étaient capables de faire, sauf quelques exceptions, tous les actes de la vie civile, mais s'ils avaient été *lésés* par ces actes, ils pouvaient demander la restitution en entier. La restitution avait lieu, non-seulement contre les actes qu'ils avaient faits eux-mêmes sans le curateur, mais aussi contre tous les actes que le curateur avait validés par son consentement, ou qu'il avait faits lui-même pour le mineur. (Maynz, § 356, note 38.) Les mineurs qui avaient obtenu la dispense d'âge (*venia ætatis*) ne jouissaient pas du bénéfice de la restitution en entier.

Les biens des mineurs sous curatelle, de ceux sans curateur, et même de ceux ayant obtenu la dispense d'âge, ne pouvaient être aliénés sans un décret du magistrat. L'aliénation faite sans ce décret était nulle. (Maynz, § 347, notes 11-25; § 356.)

274. 2. *Ancien droit français.* — Dans les pays du droit écrit, on suivait les principes du droit romain. En pays coutumier, la tutelle durait jusqu'à vingt-cinq ans. (Merlin, *Rép.*, v° *Mineur*, n° 3.) Le mineur qui était dans un âge assez avancé pour avoir l'usage de sa raison, pouvait valablement contracter *sans* l'autorité de son tuteur; mais s'il avait été *lésé*, il pouvait obtenir des lettres de *rescision* ou la *restitution en entier*, non-seulement contre les actes qu'il avait *lui-même* passés *sans* le consentement de son tuteur, mais aussi contre ceux qu'il avait passés *avec* l'autorisation de son tuteur, ou que le tuteur avait faits régulièrement seul ou lui-même, en qualité de tuteur. (Pothier, *Obligations*, n°s 40, 52; *Traité de la procédure civile*, part. V, chap. IV, art. 2, § 1; Merlin, *Rép.*, *loc. cit.*) Toutefois, Pothier (*loc. cit.*, alinéa dernier) dit que « les mineurs ne sont pas restitués pour cause de lésion contre les actes qu'ils ont faits depuis leur émancipation ou contre ceux que leurs tuteurs ont faits avant leur émancipation, lorsque *ces actes sont des actes de pure administration nécessaire*, par exemple contre les baux faits de leurs héritages pour le temps qu'on a coutume de faire ces baux; contre la vente ou l'achat de choses mobilières, etc. » Pothier ajoute que la raison en est l'intérêt même des mineurs, parce qu'autrement ils ne trouveraient que difficilement des personnes qui voulussent contracter avec eux.

2. LÉGISLATION DU CODE.

275. Il y a grande controverse sur le point de savoir quel est le système du code civil en ce qui concerne le droit des mineurs de demander la rescision de leurs engagements. En omettant les détails, on peut réduire à deux systèmes principaux les doctrines qui ont été émises sur ce point :

1° Lorsqu'un mineur non émancipé a fait lui-même et seul un acte quelconque, ou lorsqu'un mineur émancipé a fait, sans l'assistance de son curateur, un acte qu'il ne pouvait pas faire seul, cet acte est *nul*, parce qu'il a été fait par un incapable (art. 1124), et le mineur peut en demander la nullité pour ce motif. Si l'acte a été régulièrement fait par le représentant légal du mineur non émancipé, c'est-à-dire par son tuteur ou par son père administrateur légal (art. 389), ou par le mineur émancipé assisté de son curateur, l'acte n'est pas nul, mais il peut donner lieu à la rescision pour *cause de lésion*. Cette rescision peut avoir lieu contre tous les actes quelconques. Indépendamment de toute lésion, il y a *nullité* pour défaut de formes, quand il s'agit d'actes qui, à cause de leur importance, sont soumis à des formalités spéciales (art. 457-467), et que ces formalités n'ont pas été observées. C'est le système de Toullier. (T. VI, n° 106; t. VII, n° 573; Demante, *Programme du cours de droit civil*, II, 780-782; Troplong, *Vente*, n° 166.)

2° La rescision pour lésion n'est autre chose que la nullité résultant de l'incapacité du mineur. (Laurent, t. XVI, n°s 45 et suiv.) La rescision ne s'applique qu'aux actes que le mineur a faits lui-même *sans son* tuteur, et en dehors de sa capacité. (Cass. fr., 18 juin 1844, D., 1844, 1, 225 et la note.) Les actes régulièrement faits par le tuteur ou avec l'assistance du curateur sont inattaquables pour lésion. (Valette, *Explication sommaire du code Napoléon*, p. 280; Notes sur Proudhon, t. II, p. 465 et suiv.; p. 489 et suiv.; Laurent, t. XVI, n°s 24 et suiv.) Toutefois, d'après ce système comme d'après le premier, les actes soumis à des formalités spéciales (art. 457-467), et qui ont été faits sans ces formalités, sont nuls quand même il n'y aurait pas lésion, par exemple un emprunt, la vente d'un immeuble. (Cass. fr., 25 mars 1861, D., 1861, 1, 202 et 1er juin 1870, D., 1870, 1, 432.)

C'est le système de Duranton. (T. X, nos 280-288; Zachariæ, § 335; Marcadé, art. 1305, n° 3.) D'après Merlin (*Quest.*, v° *Hypothèques*, n° 4), les actes de la dernière catégorie aussi ne peuvent être attaqués en rescision que pour lésion. L'opinion de Merlin sur ce point est erronée.

276. Chacune de ces opinions peut invoquer des raisons graves, mais elle est aussi susceptible d'objections sérieuses. Le deuxième système nous semble être celui du code. Motifs :

1° Les discussions. — Bigot-Préameneu, dans l'Exposé de motifs, n° 18, dit : « On peut contracter avec les mineurs; mais s'ils sont *lésés*, on est censé avoir abusé de leur âge. *Leur capacité cesse pour tout acte qui leur est préjudiciable.* » Et au n° 174, il dit : « Il résulte de l'incapacité du mineur non émancipé qu'il suffit qu'il éprouve une lésion pour que son action en rescision soit fondée. S'il n'était pas lésé, il n'aurait pas même d'intérêt à se pourvoir et la loi lui serait même préjudiciable si, *sous prétexte de l'incapacité*, un contrat qui lui est avantageux, pouvait être annulé. *Le résultat de son incapacité est de ne pouvoir être lésé, et non de ne pouvoir contracter* (*Restituitur tanquam læsus non tanquam minor*). » (Locré, t. XII, p. 321-322, et p. 391.) Jaubert, dans son rapport au Tribunat, n° 61, dit : « Le mineur ne pourra pas être restitué *comme mineur, il pourra l'être comme lésé.* » (Locré, *ibid.*, 494.)

2° La tendance du législateur à imprimer plus de stabilité aux actes faits par les mineurs. — Sous l'ancien droit, le mineur pouvait être restitué contre tous les actes. Mais, déjà du temps de Pothier, ce principe n'était plus appliqué aux actes d'administration régulièrement faits par le tuteur. (Voy. *suprà*, 274.) Les rédacteurs du code n'ont donc pas cru nécessaire de dire que la restitution ne peut pas avoir lieu contre cette catégorie d'actes. C'est pourquoi ils se sont bornés à abolir, dans les articles 1309 et 1314, la restitution contre les actes les plus importants régulièrement faits, contre lesquels l'ancien droit admettait encore la rescision pour lésion. L'article 1314 dit : « Lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou des interdits, soit pour aliénation d'immeubles, soit dans un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits en majorité, ou avant l'inter-

diction ». « On a voulu mettre par ces formalités le mineur dans la possibilité de contracter, et non le placer dans une position moins favorable que le majeur », dit, à l'occasion de l'article 1314, l'Exposé de motifs, n° 183 (Locré, p. 393), d'accord avec le rapport au Tribunat par Jaubert, n° 66 (Locré, p. 497). La tendance du code à donner la stabilité aux actes se manifeste surtout par l'innovation dans les anciennes règles sur la transaction des mineurs. (Voy. t. Ier, n° 749.)

3° Le texte même du code civil. — Il est impossible de rapporter les articles 1305-1311, où il est question de la restitution des mineurs, au cas où le tuteur a agi, ou même au cas où le mineur a agi avec l'autorisation de son tuteur. La rédaction de ces articles prouve clairement que le législateur a eu en vue les cas où le mineur a agi seul sans son tuteur. Ainsi, par exemple, comment serait-il possible d'appliquer l'article 1307, portant que « la simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution », au cas où le tuteur aurait agi pour le mineur, ou au cas où le mineur aurait agi avec l'autorisation de son tuteur. Nulle part dans tout le code nous ne trouvons la trace d'une action en rescision des actes régulièrement faits par le tuteur.

277. Le mineur peut être restitué quand il a été lésé. En disant « la *simple* lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur », la loi (art. 1305) veut indiquer qu'il ne faut pas *d'autres* conditions, c'est-à-dire qu'il y a lieu à rescision quand même l'obligation ne serait pas entachée de dol, erreur ou violence. Il y a *lésion* lorsque le patrimoine du mineur a été diminué par la convention qu'il a contractée. Mais il faut que la lésion soit de quelque importance. « Le mot *lésion* emporte avec lui l'idée d'un dommage un peu remarquable; c'est au juge de prononcer sur ce point », dit Jaubert. (Rapport au Tribunat, n° 61, Locré, p. 494.) Pour que la lésion soit une cause de rescision, il faut qu'elle résulte de l'acte même qu'il a contracté et qu'elle puisse être attribuée à la personne qui a traité avec lui, afin d'empêcher ceux qui traitent avec lui, d'abuser de son inexpérience. (Exposé de motifs, n° 176, Locré, p. 391.) Il ne faut pas que la lésion résulte d'un événement postérieur et accidentel, ou, comme dit le code : *casuel* et *imprévu* (art. 1306). Toutefois cette règle doit

être interprétée avec une certaine latitude. Il faut prendre l'acte dans son ensemble *avec toutes les conséquences* que produit son exécution et qui pouvaient être prévues. Ainsi, la restitution a lieu quand même le préjudice ne serait pas une suite directe de l'acte, mais le résultat de l'inexpérience ou de la légèreté du mineur, par exemple s'il avait dissipé en folles dépenses le prix d'un objet vendu à sa juste valeur.

C'est au mineur de faire la preuve de la lésion.

278. Les conséquences du système exposé aux nos 276 et 277 sont :

1° Quant au mineur *non émancipé.* — Il ne peut pas être restitué contre les actes faits par son tuteur dans les limites de ses attributions et avec les formalités requises par la loi, quand même il y aurait lésion. Les actes faits par le tuteur en dehors de ses attributions, ou sans les formalités requises par la loi, sont nuls. Mais le mineur peut en général être restitué contre tous les actes qu'il a faits seul sans l'autorisation de son tuteur, lorsqu'il y a lésion, sauf les exceptions indiquées *infrà*, n° 281.

2° Quant au mineur *émancipé.* Il ne peut pas être restitué contre les actes faits régulièrement avec l'assistance de son curateur, lorsque cette assistance est requise et lorsque les formalités voulues par la loi pour ces actes ont été observées. Il ne peut pas être restitué non plus contre les obligations qu'il avait le droit de contracter seul et sans l'assistance de son curateur, quand même il aurait été lésé (art. 481). Mais il peut être restitué, *pour cause de lésion,* contre tous les actes qu'il a faits *sans* l'assistance de son curateur, dans les cas où cette assistance était nécessaire, sauf les exceptions indiquées *infrà*, n° 281 (art. 1305). Ces actes sont : recevoir le compte de tutelle (art. 480); intenter une action immobilière ou y défendre; recevoir et donner décharge d'un capital mobilier (art. 482); accepter une donation (art. 935, alin. 2). (Voy. t. Ier, nos 771-775.) Les actes pour lesquels la loi requiert des formalités particulières, et qui ont été faits sans l'observation de ces formalités (art. 457, 467, 483, 484), peuvent être annulés ou rescindés quand même il n'y aurait pas de lésion. (Voy. *suprà*, nos 275 et 276).

279. La *simple* déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution (art. 1307). S'il en était

autrement, la déclaration de majorité deviendrait de style dans tous les actes consentis par les mineurs, et le bénéfice de la restitution aurait été introduit sans utilité. Cette règle est conforme à l'ancien droit. Mais la restitution n'aurait pas lieu si le mineur avait employé des manœuvres frauduleuses, par exemple s'il avait présenté un faux acte de naissance pour tromper l'autre partie sur son âge. Il y aurait alors délit ou quasi-délit (art. 1310); *Cum malitia suppleat ætatem; cum errantibus non etiam fallentibus minoribus publica jura subveniant,* disent les Romains. C'est pour ce motif que la loi dit : la *simple* déclaration de majorité. (Voy. Exposé de motifs, n° 177; rapport au Tribunat, n° 63, Locré, XII, 391 et 495.)

280. La restitution a lieu même dans le cas où un mineur aurait contracté avec un autre mineur. Il en est ainsi, quand même la restitution tournerait au préjudice de l'un d'eux; par exemple, le mineur A a prêté de l'argent au mineur B, qui l'a dissipé en folles dépenses. B ne sera pas obligé de le rendre, bien que le prêt fait par A lui cause préjudice : *Melior est causa ejus qui accepit, vel perdidit* (fr. 11, § 6; fr. 34, pr., D., *De minoribus*, 4, 4). Si B avait encore les fonds, il devrait les rendre, jusqu'à concurrence de la somme dont il se serait enrichi. Si les deux mineurs étaient lésés, chacun pourrait demander la restitution dans les limites légalement possibles. Par exemple, A vend à B, pour 1,000 francs, une chose qui n'en vaut que 500; B est lésé. Mais A a reçu les 1,000 francs avant d'avoir livré la chose vendue et il les a dissipés; il est lésé aussi. (Voy. *suprà*, n° 277.) A peut être restitué contre son obligation de livrer; il gardera donc sa chose. B ne peut plus obtenir les 1,000 francs, parce qu'ils ne sont plus dans le patrimoine de A.

281. Même lorsque le mineur, émancipé ou non émancipé, a agi sans son curateur ou son tuteur, la restitution n'a pas lieu dans les cas suivants :

1° Contre les engagements que le mineur *commerçant, banquier* ou *artisan,* a contractés à raison de son commerce ou de son art (art. 1308, 487). « L'intérêt général du commerce exige que cela soit ainsi ». (Exposé de motifs, n° 175, Locré, XII, 391.) Mais il faut qu'il ait été régulièrement autorisé à faire le commerce. (Voy. t. Ier, n° 775.)

2° Contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage (art. 1309). (Voy. *infrà*, titre V, *Du contrat de mariage*.)

3° Contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit (art. 1310, et *suprà*, n° 279). Car « ce n'est point une convention dans laquelle la personne qui aurait traité avec lui aurait eu un profit à son préjudice ». (Exposé de motifs, n° 179, Locré, XII, 392.) Toutefois, le mineur peut être restitué contre la reconnaissance d'une obligation résultant d'un délit ou d'un quasi-délit, et la transaction qu'il aurait conclue à ce sujet sans les formalités prescrites par l'article 467, serait nulle.

4° Contre les obligations que l'on contracte sans convention par quasi-contrat (art. 1370 et suiv.). (Voy. *suprà*, n° 269, alin. 3.)

5° Contre l'engagement qu'il a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution (art. 1311). Une convention ratifiée en majorité ne peut plus être attaquée pour cause d'incapacité ou de lésion.

Mais une convention *nulle en la forme* peut-elle être ratifiée? Il faut distinguer. Si la convention est nulle à cause de l'inobservation d'une des formalités substantielles requises pour *l'existence même* de l'acte, par exemple une donation ou un contrat de mariage sous seing privé, elle ne peut pas être ratifiée; pour avoir de l'effet, il faut qu'elle soit refaite dans la forme légale (arg. art. 1339). Le majeur lui-même ne pourrait pas la valider par la ratification. Mais il ne s'agit pas de ces actes dans l'article 1311. Les engagements *nuls en la forme*, déclarés susceptibles de ratification par cet article, sont ceux qui ont été contractés sans les formalités *habilitantes* ou spéciales et protectrices de la minorité, par exemple une vente d'immeubles consentie par le mineur ou par son tuteur sans les formalités prescrites par les articles 457-459; une transaction sans les formes de l'article 467. (Exposé de motifs, n° 180, Locré, XII, 392.)

Il suit de là que les actes passés par le mineur ou par son tuteur, sans l'observation des formalités spéciales prescrites pour la protection des mineurs, ne peuvent être attaqués que pendant dix ans, et non pendant trente ans, comme dit Duranton, t. X, n° 282,

III. EFFETS DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION.

282. La nullité ou la rescision prononcée par le juge a pour effet d'anéantir l'acte qui en est l'objet et de remettre les choses et les parties en l'état où elles étaient avant la formation de l'acte annulé. Cet effet a aussi lieu à l'égard des tiers (arg. art. 1183, 1681, alin. 2). Il suit de là que toutes les aliénations consenties par l'acquéreur et tous les droits réels qu'il a établis sur la chose viennent à tomber. (Duranton, t. VI, n° 180.) Toutefois, cette question est controversée. Marcadé, sur l'article 1116, n° 2, n'admet pas l'effet de la nullité à l'égard des tiers.

283. Une autre conséquence de l'annulation de la convention, c'est que les parties sont obligées de se restituer réciproquement ce qu'elles ont reçu en exécution de l'acte annulé. Si, dans un contrat synallagmatique, les choses qui sont l'objet de l'obligation consistent en sommes d'argent ou en choses productives de fruits, il faut, en ce qui concerne l'obligation de restituer les fruits ou de payer les intérêts, appliquer par analogie les alinéas 2 et 3 de l'article 1682. Celui qui rend la chose doit rendre les fruits du jour de la demande, et l'intérêt du prix qu'il a payé lui est aussi compté du jour de la même demande, ou du jour du payement, s'il n'a touché aucuns fruits. Le possesseur de la chose acquise par suite d'un contrat vicieux ne peut pas gagner les fruits en vertu des articles 549 et 550, parce qu'il ne peut pas être considéré comme ayant été de bonne foi.

284. L'obligation de restituer ce qui a été reçu en exécution de l'acte annulé se modifie lorsque la rescision a lieu pour cause d'incapacité. Les incapables, c'est-à-dire les mineurs, les interdits et les femmes mariées, ne sont tenus de restituer ce qu'ils ont reçu que jusqu'à concurrence de ce dont ils se trouvent encore enrichis au moment où ils intentent l'action en nullité ou en rescision (art. 1312). C'est à celui qui demande la restitution de prouver que la chose reçue par l'incapable a tourné à son profit (*Excipiendo reus fit actor*) (art. 1315, 1241).

IV. DE LA PRESCRIPTION DE L'ACTION EN NULLITÉ OU EN RESCISION.

285. Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans (art. 1304, alin. 1). La partie intéressée à faire rescinder une convention est censée l'avoir ratifiée par le silence pendant dix ans. « La nécessité d'un délai était commandée par l'intérêt public; c'est pour que les propriétés ne restent pas longtemps incertaines. » (Jaubert, Rapport au Tribunat, n° 60, Locré, p. 493.)

L'action dure moins de temps, par exemple, dans le cas où elle a pour objet la rescision d'une vente pour lésion de plus des sept douzièmes. Elle ne dure alors que deux ans (art. 1676).

L'action en nullité ou en rescision fondée sur une des causes traitées dans cette section ne dure jamais plus de dix ans.

286. Dans les différents cas prévus par la loi, la prescription ne court pas du moment même où l'acte a été conclu, mais du moment où la personne intéressée à intenter l'action en nullité a été à même d'agir par la connaissance du vice dont son engagement était entaché. « Les dix ans doivent être *utiles* », dit le rapport au Tribunat, n° 60. Ainsi ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts; à l'égard des actes faits par les mineurs, que du jour de leur majorité; à l'égard des actes faits par une personne placée sous conseil judiciaire, que du jour où la défense de procéder sans l'assistance du conseil aura été levée (art. 1304). Pendant la minorité l'incapable n'a pu ratifier.

287. Pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées de leur mari, le temps ne court que du jour de la dissolution du mariage, dit l'article 1304, alin. 2. Mais on ne peut pas admettre que le délai ne doit courir que du jour de la dissolution du mariage, lorsque c'est le mari ou ses héritiers qui ont intérêt à demander l'annulation de l'acte. Le mari peut ratifier pendant le mariage. Le délai doit donc courir contre lui du jour où l'acte a été fait, ou du jour où il a eu connaissance de l'acte. (Marcadé,

art. 1304, n° 2; arg. du rapport de Jaubert au Tribunat, n° 60, Locré, p. 493; Bordeaux, 30 avril 1872, D., 1873, 2, 32.) Le mari doit prouver que l'acte lui a été caché.

La prescription ne commence après la dissolution du mariage que contre la femme elle-même ou ses héritiers; car ce n'est qu'alors que la femme ou ses héritiers peuvent ratifier l'acte.

288. A l'égard des interdits, le temps de dix ans ne court que du jour où l'interdiction est levée, dit l'article 1304, alin. 3. Car, tant que l'interdiction n'est pas levée, il ne peut ratifier ni expressément, ni tacitement.

Mais la prescription commence-t-elle toujours nécessairement *du jour de la mainlevée de l'interdiction?* Nous ne le croyons pas. L'interdit peut complétement ignorer ce qu'il a fait pendant sa maladie mentale, ou n'en avoir plus aucun souvenir. Il est donc plus rationnel de dire que, même après la mainlevée de l'interdiction, la prescription de l'action en nullité ne commence à courir qu'à partir du jour où l'interdit a *eu connaissance de l'acte* fait pendant son interdiction. Cette solution est tout à fait conforme à l'esprit et à la lettre de la loi. A l'esprit, — car la courte prescription de dix ans dont il s'agit dans cette section n'est pas fondée sur les mêmes motifs que ceux qui ont fait introduire la longue prescription. Elle a pour motif la ratification tacite résultant d'un long silence. (Voy. n° 285.) Comment supposer que l'on ratifie un acte dont on ignore même l'existence? Cette opinion est conforme au texte de la loi, car l'action en nullité pour cause de dol et d'erreur ne se prescrit que du jour où ces vices ont été découverts; celle fondée sur la violence, que du jour où elle a cessé. Et il ne faut pas le perdre de vue, la loi ne dit point que la prescription de l'action en nullité *court du jour* de la mainlevée de l'interdiction. La loi dit : ce temps *ne court que du jour* où l'interdiction est levée; c'est-à-dire, il ne peut jamais courir *avant* ce jour, mais il ne court pas nécessairement à *partir de ce jour*.

289. Nous croyons que la solution qui précède doit être adoptée, même d'après le code.

En **France** et en **Belgique**, elle ne peut plus être douteuse en présence de l'article 39 de la loi française du 30 juin 1838 et de l'article 34 de la loi belge du 18 juin 1850, sur *le régime des*

aliénés. Ces articles portent : « Les actes faits par toutes personnes pendant le temps qu'elles auront été retenues dans un établissement d'aliénés pourront être attaqués pour cause de démence, conformément à l'article 1304 du code civil.

« Les dix ans de l'action en nullité courront à l'égard de la personne retenue qui aura souscrit ces actes à dater soit de la connaissance qu'elle en aura eue après sa sortie définitive de la maison d'aliénés, soit de la signification qui lui en aura été faite après cette sortie, et, à l'égard de ses héritiers, à dater de la signification qui leur en aura été faite, ou de la connaissance qu'ils en auront eue depuis la mort de leur auteur.

« Lorsque les dix ans auront commencé à courir contre celui-ci, ils continueront de courir contre les héritiers. »

Cette disposition doit *à fortiori* s'appliquer aux interdits, quand même ils ne seraient pas placés dans une maison d'aliénés. (Voy. t. Ier, no 838-843.)

290. Les règles de la suspension de la prescription indiquées aux articles 2251-2259 du code civil s'appliquent-elles à la prescription de l'article 1304? Suivant Toullier, no 615, et Duranton, no 548, non. Selon Zachariæ, § 337, et Marcadé, art. 1304, no 2, oui. Cette dernière opinion est juste, parce qu'elle est conforme aux principes généraux sur la matière et que le code n'y a pas dérogé, comme il l'a fait dans les articles 1663 et 1673.

291. Après l'expiration des dix ans, la nullité peut-elle être proposée encore par voie d'exception? La question est controversée. Nous croyons que la nullité peut encore être opposée par voie d'exception, en vertu de la règle *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum,* que la doctrine admet aujourd'hui comme sous l'ancien droit. (Voy. *infrà,* titre XX, *De la prescription.*)

L'opinion contraire, défendue entre autres par Duranton, t. XII, no 549, et Marcadé, art. 1304, no 3, se fonde d'abord sur la disposition de l'ordonnance du 15 août 1539, qui limitait à dix ans la durée de l'*exception*, comme celle de l'*action* en rescision; ensuite sur ce que celui qui n'a pas attaqué son engagement pendant dix ans est censé l'avoir ratifié. La première de ces deux raisons ne peut plus être invoquée. Le code n'a pas reproduit la disposition de l'ordonnance de 1539, laquelle d'ailleurs était une

conséquence de la règle « *Voies de nullité n'ont point de lieu* », puisque, même pour *exciper* de la nullité, il fallait avoir obtenu des lettres de rescision. (Voy. *suprà,* n° 266.) Avec l'ancien principe doivent tomber ses conséquences. Au second argument, tiré de la ratification tacite, on peut opposer que celui qui n'a pas encore exécuté son engagement annulable n'a point intérêt à prendre l'initiative de l'attaque, qu'il peut croire que la partie adverse ne se prévaudra pas d'un titre aussi vicieux, et qu'il sera toujours temps de l'attaquer, quand elle voudra en profiter. (Cass. fr., 1er déc. 1846, D., 1847, 1, 15; Bordeaux, 27 juillet 1871, D., 1872, 2, 125.)

292. La prescription de dix ans ne s'applique qu'aux actions en nullité ou en rescision dont il est question dans cette section, et non pas à l'action en nullité des conventions nulles de plein droit, qui ne sont pas susceptibles d'être confirmées ou ratifiées (voy. *suprà,* nos 261-264); par exemple, pas au traité sur une succession future, puisque l'objet en est illicite (voy. *suprà,* n° 34), ni aux actions en résolution des contrats, ni à l'action paulienne (voy. *suprà,* n° 95), ni à la répétition de ce qui a été indûment payé, etc. Elle ne s'applique pas non plus à l'action en nullité des testaments, ni aux actions en réduction ou en révocation des dispositions à titre gratuit.

CHAPITRE VI.

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DE CELLE DU PAYEMENT.

INTRODUCTION. — RÈGLES GÉNÉRALES.

293. Avant de statuer sur une contestation, le juge doit examiner si les faits qui servent de base aux prétentions des parties sont vrais. Il ne doit pas croire aux simples allégations des parties; la vérité des faits invoqués doit être *prouvée.* La preuve judiciaire ne produit pas toujours un résultat conforme à la vérité réelle. Les faits à prouver sont *légalement* constants lorsqu'il

existe des éléments suffisants pour donner au juge la conviction de leur existence réelle. Cette conviction peut être formée d'après les règles de l'expérience, ou elle peut, dans certaines hypothèses, être imposée par la loi.

Le juge ne doit admettre comme constants que les faits dont l'existence est prouvée conformément à la loi. Il ne doit pas déclarer un fait constant par suite de la connaissance personnelle qu'il peut en avoir.

La preuve d'un fait dont l'existence est sans influence sur la décision de la contestation (fait *irrelevant*) ne doit pas être admise (*Frustra probatur, quod probatum non relevat*).

294. Celui qui intente une action (le demandeur, *actor*), c'est-à-dire celui qui demandé la reconnaissance et l'exécution d'un droit contraire à l'état de possession actuelle, doit prouver l'existence de ce droit (art. 1315). *Actori incumbit probatio*. Cette règle ne s'applique pas seulement aux obligations, mais à tous les droits quelconques. Mais une fois que le demandeur a prouvé l'existence de son droit, il ne doit plus établir que ce droit a continué d'exister, ou qu'il ne s'est pas éteint, ou que son acquisition n'a pas été entourée de circonstances qui l'empêcheraient de produire son effet légal. Ainsi, par exemple, celui qui réclame le payement d'une somme d'argent en vertu d'un prêt établi ne doit pas prouver qu'elle n'a pas été rendue; celui qui prouve qu'une convention a été conclue n'est pas tenu de prouver que le consentement de la partie obligée est exempt de vices; celui qui invoque la prescription ne doit pas prouver qu'elle n'a pas été interrompue ni suspendue; le propriétaire qui intente l'action négatoire ne doit prouver que son droit de propriété; il ne doit pas prouver que son adversaire n'a aucun droit de servitude sur le fonds litigieux.

295. Celui contre lequel une action est intentée (le défendeur, *reus*) peut se défendre de deux manières : il peut se borner à *nier* les faits allégués par le demandeur. Dans ce cas, il n'a rien à prouver. Si le demandeur ne fait pas la preuve de son droit, le défendeur doit être renvoyé. C'est là le sens de la règle : *Negantis nulla est probatio; Ei incumbit probatio qui dicit, non ei qui negat.* Ou bien le défendeur peut, tout en reconnaissant les faits avancés par le demandeur, y opposer une *exception*, c'est-à-dire alléguer

d'autres faits dont il résulte ou que le droit du demandeur est paralysé, ou qu'il a été éteint. La preuve de ces faits incombe au défendeur (art. 1315, alin. 2). *Reus probat exceptionem. Excipiendo reus fit actor.*

296. La règle que « celui qui nie n'a rien à prouver » (*negantis nulla probatio est*) a été souvent mal comprise. Quelques jurisconsultes l'interprètent en ce sens que celui qui avance un fait négatif ne doit rien prouver, ou que celui qui nie un fait ne peut pas être tenu à en démontrer la non-existence, par le motif que la preuve d'un fait négatif est impossible. Cette thèse, ainsi comprise, renferme une double erreur. D'abord il n'est pas exact de dire qu'un fait négatif ne peut pas être prouvé. Il est bien vrai qu'une négative absolue et indéfinie ne peut pas être prouvée; mais des négatives de cette nature ont rarement une importance juridique. Un fait négatif limité, défini et circonscrit par des circonstances de temps et de lieu peut être prouvé, par exemple par un alibi, ou par témoins, ou par un autre fait affirmatif contraire. Ensuite, cette thèse contiendrait une exception à la règle qui veut que le demandeur fasse la preuve du fondement de sa demande et le défendeur celle du fondement de son exception, tandis que cette dernière maxime doit être observée alors même que la demande ou l'exception est fondée sur un fait négatif, et que ce fait ne serait pas de nature à pouvoir être établi par un fait affirmatif contraire. Ainsi le demandeur en déclaration d'absence doit prouver que le présumé absent n'a pas donné de ses nouvelles; celui qui répète ce qui a été indûment payé doit prouver qu'il ne devait rien à la personne qui a reçu le payement.

297. Il y a des cas dans lesquels la preuve n'est pas nécessaire : 1° lorsque l'existence d'un fait est admise en vertu d'une présomption légale (art. 1352, alin. 1); 2° en cas d'aveu. L'aveu n'est pas, à proprement parler, un *moyen* de preuve; c'est un fait qui dispense de toute preuve; 3° en cas de serment litisdécisoire, qui n'est pas un moyen de preuve, mais l'exécution d'une transaction des parties sur l'objet de leur contestation. Bien que les présomptions légales, l'aveu et le serment décisoire ne soient pas de véritables moyens de preuve, nous suivrons l'ordre du code dans l'exposé des règles sur cette matière. (Voy. *infrà*, sections III, IV et V.)

298. Dans les cas où la loi elle-même a déterminé la force probante de certains moyens de preuve, le juge doit l'admettre comme administrée, si ces moyens ont été fournis, et il violerait la loi en ne l'admettant pas. Mais, hors ces cas et à la différence de l'ancien droit, notre législation abandonne en général à l'appréciation du juge la force probante des moyens de preuve employés par les parties.

299. La preuve est *directe* ou *indirecte*, selon que les moyens de conviction par lesquels on veut l'établir s'appliquent au fait même que l'on veut prouver (par exemple la descente sur les lieux, les titres, les témoins, l'expertise), ou que l'on cherche à établir le fait contesté à l'aide d'inductions ou de conséquences tirées d'autres faits reconnus ou déjà prouvés. Ces inductions sont appelées *présomptions de fait ou de l'homme* (art. 1349). La preuve directe est, en général, toujours admise, quelle que soit la nature de la contestation; la preuve indirecte ne peut être reçue que dans les cas déterminés par la loi (art. 1353).

Les parties ou le juge ne sont pas toujours libres de choisir ou d'admettre les moyens de preuve. Souvent la loi prescrit certains moyens de preuve déterminés, ou elle en défend certains autres.

300. Les moyens de preuve dont le code traite dans ce chapitre sont : la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment (art. 1316).

SECTION PREMIÈRE.

DE LA PREUVE LITTÉRALE (art. 1317-1340).

NOTIONS GÉNÉRALES.

301. La preuve littérale est celle qui résulte d'écrits de toute espèce, peu importe qu'ils aient été rédigés spécialement *en vue d'un fait* à constater ou d'une preuve à faire, *ou non*. En ce sens, les livres de commerce, les registres et les papiers domestiques, les annotations mises à la suite, en marge ou au dos d'un acte ou

ailleurs, les lettres missives, échangées entre les parties ou adressées à des tiers, sont des écrits dont la preuve littérale peut résulter.

Un écrit s'appelle plus spécialement *acte* ou *titre*, lorsqu'il a été dressé *pour constater un fait juridique*.

Il ne faut pas confondre l'écrit ou l'acte destiné à prouver un fait (*l'acte instrumentaire, instrumentum, documentum*) avec l'acte juridique (*negotium*) même que cet écrit doit constater.

302. La loi ne détermine que la force probante des *actes* ou *titres* proprement dits. La force probante des autres écrits est en général abandonnée à l'appréciation du juge.

303. On peut diviser les actes : 1° en actes authentiques et en actes sous seing privé; 2° en actes originaux et en copies; 3° en actes primordiaux et en actes récognitifs.

I. DU TITRE AUTHENTIQUE (art. 1317-1321).

A. *Définition et conditions requises.*

304. L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises (art. 1317). Pour qu'un acte soit authentique, il faut donc : 1° qu'il ait été reçu par un ou plusieurs officiers publics, en cette qualité; 2° que cet officier ait agi dans les limites de ses attributions, quant à la nature du fait à constater et quant au lieu où l'acte a été reçu; 3° que toutes les formalités requises pour l'acte aient été accomplies; 4° qu'aucun empêchement particulier ou relatif (par exemple la parenté avec l'une des parties) n'ait rendu l'officier public incapable de faire cet acte.

305. L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties (art. 1318). Pour valoir comme écriture privée, il n'est pas nécessaire que les dispositions des articles 1325 et 1326 aient été observées. Autrement, c'est-à-dire si la loi exigeait l'accomplissement des formalités prescrites par les articles 1325 et 1326, la disposition de l'article 1318 aurait été inutile. De plus, la loi aurait prévu une

hypothèse qui ne se rencontrera jamais; car les parties qui croient faire un acte authentique ne songent pas à faire des doubles et à accomplir les formalités prescrites par l'article 1325. Enfin, le motif de l'article 1325 ne s'applique pas à cette hypothèse, puisque l'original de l'acte doit rester entre les mains du notaire, et non entre les mains de l'une des parties. (Séance du conseil d'État du 2 frimaire an XII, n° 11, Locré, p. 215.)

Mais il faut nécessairement que l'acte ait été signé de *toutes* les parties contractantes, c'est-à-dire de toutes celles qui se sont *obligées*. L'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI le dit formellement : « Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux articles 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 et 67, est nul s'il n'est pas revêtu de la signature de *toutes* les parties; et, lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée; sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant. » S'il n'est pas signé de toutes les parties, il ne prouve rien et ne produit aucun effet, pas même contre les signataires. S'il en était autrement, les non-signataires seraient dans une position plus avantageuse que les signataires, puisqu'il dépendrait des premiers d'invoquer l'acte ou de le repousser, selon leur intérêt, et de plus, en cas de solidarité, les débiteurs solidaires qui auraient signé l'acte pourraient être privés de leur recours contre les codébiteurs non signataires (art. 1214, 1216).

Si l'acte est unilatéral de sa nature (voy. *suprà*, n° 8, 1°), il suffit, pour valoir comme écriture privée, qu'il ait été signé par la partie obligée.

306. Si l'acte avait été reçu par une personne n'ayant *aucun* caractère d'officier public, ou absolument incompétente pour recevoir des actes de cette espèce, par exemple si un officier de l'état civil, comme tel, avait dressé un acte de vente, l'acte, même signé des parties, serait nul, à moins qu'il ne réunît les conditions prescrites par les articles 1325 et 1326 (arg. art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI).

307. En présence des règles énoncées aux n°s 305 et 306, on se demande quelles sont les irrégularités qui entraînent la *nullité* de l'acte, comme acte authentique, tout en lui laissant la force

probante d'un acte sous seing privé, s'il a été signé des parties?

Les discussions du conseil d'État, séance du 2 frimaire an XII, n° 11, et l'orateur du Tribunat, Jaubert, renvoient, pour l'explication de l'article 1318, à la loi du 25 ventôse an XI, *sur le Notariat*. (Locré, XII, 215-216, 506 507.) D'après les dispositions de cette loi, l'article 1318 du code doit s'appliquer aux actes faits par un notaire hors de son ressort (loi du 25 ventôse an XI, art. 6, — *incompétence*); à ceux faits par un notaire pour un *parent au degré prohibé* ou par *deux notaires parents* au degré prohibé (art. 8 et 10, — *incapacité*), ou par un notaire *suspendu*, ou *destitué*, ou *remplacé* (art. 52, — *incapacité*); ou aux actes non *dûment signés*, pourvu, bien entendu, qu'ils soient signés des parties (art. 14), ou dans lesquels figurent des *témoins* n'ayant pas *la capacité requise* (art. 9, — *défaut de forme*); ou aux actes sans minute, dans les cas où elle est nécessaire (art. 20, — *défaut de forme*).

Il importe donc de bien distinguer l'acte *nul* de l'acte auquel manque l'authenticité: l'article 1318 s'applique seulement à ce dernier.

B. *De la force probante des actes authentiques.*

308. Aux termes des articles 1319 et 1320, l'acte authentique fait pleinement foi des conventions et des énonciations qu'il renferme *entre les parties contractantes* et leurs *héritiers* ou *ayants cause*. Cette disposition semble exclure la force probante à l'égard des *tiers*. Mais il n'en est pas ainsi. L'acte authentique fait pleine foi, non-seulement entre les parties et leurs représentants, mais aussi à l'égard des tiers. La rédaction incorrecte, ou plutôt *incomplète* des articles 1319 et 1320 provient de ce que les auteurs du code ont reproduit presque textuellement le n° 701 du *Traité des obligations*, de Pothier, en perdant de vue que Pothier a traité de la force probante en *deux* paragraphes, dont le premier, sous lequel se trouve le n° 701, s'occupe seulement de la foi des actes authentiques *entre les parties;* et le second (nos 704-706), de leur force probante contre les *tiers*. Les auteurs du code se sont bornés à reproduire les règles exposées sous le premier de ces paragraphes.

309. Tout ce qui est dit dans un acte authentique n'a pas la même force probante. Il faut distinguer :

1° L'acte fait pleine foi, non-seulement entre les contractants et leurs successeurs et ayants cause, mais aussi à l'égard des tiers, de tous les faits attestés par l'officier public comme s'étant passés en sa présence (qu'il atteste *de visu et auditu*). Ainsi il prouve la date, les signatures, les dires, déclarations et faits (par exemple, le payement d'une somme) des parties, les énonciations émises par elles. Cette preuve opère, tant à l'égard des tiers qu'entre les parties, jusqu'à l'inscription en faux. La procédure en faux, soit principal, soit incident (code de procédure, art. 214), est la seule voie par laquelle la preuve résultant d'un acte authentique puisse être combattue.

Néanmoins, en cas de plainte en faux *principal*, c'est-à-dire lorsque l'officier public qui a reçu l'acte est poursuivi devant les tribunaux criminels, l'exécution de l'acte argué de faux *sera* suspendue par la mise en accusation (art. 1319, alin. 2), parce que le ministère public ayant agi et une accusation ayant été décrétée, il y a une grande *apparence* de faux, d'un crime, et il y aurait danger d'ordonner l'exécution d'un acte aussi suspect. Dans ce cas même, la loi romaine voulait que l'acte fût provisoirement exécuté, parce que le crime ne se présume pas. (L. 2, C., *Ad legem Corneliam de falsis*, 9, 22; Exposé de motifs, n° 187, Locré, p. 394.)

En cas d'inscription de faux faite incidemment, c'est-à-dire lorsque dans un procès civil un acte produit est argué de faux sans qu'il y ait une accusation ou plainte contre quelqu'un, les tribunaux *pourront*, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de cet acte. Car le faux incident est *facultatif;* il dépend de toute personne privée, à laquelle un acte est opposé, et le ministère public peut y rester complétement étranger.

En cas de faux *matériel* manifeste de l'acte, par exemple de surcharge, interligne, addition, altération, que l'on peut constater à la simple vue de l'acte, l'inscription en faux n'est pas nécessaire; le juge peut alors rejeter l'acte comme faux (arg. art. 16 de la loi du 25 ventôse an XI). Car, dans ce cas, en arguant l'acte de faux, on n'ébranle pas la foi due à l'officier public; on n'at-

taque pas la vérité attestée par lui. Le faux matériel, dont l'acte porte des traces, peut avoir été commis par un autre que par lui.

310. 2° Quant à la *vérité intrinsèque* des faits juridiques mêmes, *déclarés* par les parties (conventions, dispositions, payements, aveux, etc.), l'acte en fait pleine foi tant à l'égard des tiers qu'entre les parties, mais seulement jusqu'à la *preuve contraire*, et non jusqu'à l'inscription en faux. Ces actes peuvent être attaqués, soit par les tiers, soit par les parties, pour cause de nullité ou de simulation, ou comme n'étant pas sincères. (Brux., 20 nov. 1861, B. J., t. 21, 561.) On peut même prouver que cet acte n'énonce pas d'une manière exacte et complète ce qui s'est passé entre les parties, ou que ce qu'il contient a été plus tard modifié. Cette preuve peut être administrée par tous les moyens ordinaires, même par témoins, s'il y a un commencement de preuve par écrit, ou si l'acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol (art. 1341, 1345, 1353).

On dit souvent que l'acte authentique prouve, jusqu'à la preuve contraire, les faits qui ne tombent pas sous les sens, mais qui sont plutôt l'expression d'une opinion de l'officier public, et on cite comme exemple la déclaration du notaire faite dans un testament ou dans un acte de donation, que le testateur ou le donateur était sain d'esprit. L'officier public n'a pas à émettre des opinions ou des appréciations; cela n'entre pas dans sa mission, et une semblable déclaration de sa part ne prouve donc rien. Sans doute, dans l'exemple que l'on cite, le donateur ou le testateur est censé avoir été sain d'esprit, non parce que le notaire l'a déclaré, mais par suite de la présomption générale que tout homme est réputé sain d'esprit jusqu'à la preuve du contraire. (Cass. fr., 27 fév. 1821 et 14 fév. 1828.)

311. 3° Quant aux *énonciations*, l'acte prouve jusqu'à l'inscription de faux le *fait même* de l'énonciation.

Quant à l'*objet* de l'énonciation, c'est-à-dire au fait juridique qui a été *énonciativement* déclaré, « il peut y avoir dans un acte des faits énoncés de manière qu'il y ait du doute si les parties ont entendu que, par cette énonciation, ils fussent constatés ». (Exposé de motifs, n° 188, Locré, p. 395.) Il faut donc distinguer :

a. L'énonciation a un rapport direct à la disposition, à l'occa-

sion de laquelle ou avec laquelle elle a été émise. Par exemple, dans un titre nouvel d'une rente il est dit que le montant primitif de la rente a été réduit par suite d'un remboursement partiel du capital, et que les arrérages en ont été payés. Ces énonciations font foi des faits énoncés (c'est-à-dire les faits énoncés sont présumés vrais) jusqu'à la preuve contraire, non-seulement entre les parties (art. 1320), mais aussi à l'égard des tiers, par exemple dans l'hypothèse citée, contre le cessionnaire ou le tiers saisissant de la rente. Cette dernière thèse est à tort contestée par Toullier, VIII, n° 161, et Duranton, XIII, 98.

b. Les énonciations étrangères à la disposition principale de l'acte ne servent que d'un commencement de preuve par écrit, « parce que les parties ne sont point présumées avoir fixé leur attention sur un pareil fait, ni avoir entendu qu'il dût être regardé comme reconnu par elles ». (Exposé de motifs, n° 188, Locré, XII, 395.) Par exemple, dans un acte de vente l'acheteur déclare qu'il payera le prix avec les autres sommes qu'il doit encore au vendeur et *dont les intérêts ont été payés jusqu'à ce jour*. Cette dernière énonciation est étrangère à la disposition principale de l'acte.

312. Une énonciation, émise même dans un acte authentique, ne peut jamais former, contre un tiers qui n'y a pas été partie, un titre constitutif d'un droit, alors même qu'elle aurait un rapport direct à la disposition principale de l'acte; par exemple, le vendeur déclare que le fonds vendu a une servitude sur le fonds du voisin. Il n'en est pas même ainsi, lorsque l'énonciation se trouve dans un acte ancien.

Autrefois on suivait la maxime que les énonciations contenues dans des actes anciens faisaient présumer, même contre des tiers, l'existence d'un titre régulier, émané de ce tiers ou de ses auteurs, lorsque ces énonciations étaient soutenues d'une longue possession. « *In antiquis verba enunciativa plene probant, etiam contra alios et in præjudicium tertii.* » Cette règle était suivie surtout en matière de servitudes discontinues ou non apparentes, qui ne pouvaient pas s'acquérir par prescription. L'énonciation suppléait alors au titre. (Pothier, n° 705.) Cette règle est aujourd'hui incompatible avec l'article 695 du code. (Zachariæ, § 755, note 48.)

313. Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont point d'effet contre les tiers (art. 1321).

Une contre-lettre est un acte qui contient des dérogations à une convention antérieure, et qui est destiné à rester secret. Son caractère consiste en ce qu'elle a pour objet de dissimuler une convention vraie et d'y substituer ostensiblement pour tous autres que pour les parties elles-mêmes, une convention purement fictive. (Cass. fr., 20 déc. 1876, D., 1878, 1, 430.) Elle peut être authentique ou sous seing privé. En leur enlevant leur *effet* contre les tiers, la loi a pour but de prévenir les fraudes. Les héritiers et successeurs à titre universel des parties ne sont pas des tiers ; la contre-lettre peut donc leur être opposée.

Il faut observer que l'article 1321 refuse aux contre-lettres tout *effet* contre les tiers, de sorte que, alors même qu'elles auraient une force probante, cette preuve serait inefficace.

La règle de l'article 1321 souffre exception dans les contrats de mariage (art. 1396, 1397).

314. L'article 1321 déroge à la disposition de l'article 40 de la loi du 22 frimaire an VII, sur l'enregistrement, qui déclare nulle, même entre les parties, la contre-lettre par laquelle le prix de la vente est élevé au-dessus de la somme portée dans l'acte de vente enregistré. La question est controversée. Mais l'opinon que nous adoptons est conforme à l'avis de Berlier, Cambacérès, Tronchet, Defermon, émis dans la séance du conseil d'État du 2 frimaire an XII, n° 7, et implicitement dans l'Exposé de motifs, n° 189. (Locré, XII, 214, 395; Cass. fr., 10 janv. 1819.)

II. DE L'ACTE SOUS SEING PRIVÉ (art. 1322-1340).

315. Dans ce paragraphe, le code traite non-seulement des actes sous seing privé proprement dits, mais aussi de différentes autres écritures privées non signées. Il traite : 1° des actes sous seing privé proprement dits, contenant des conventions synallagmatiques, ainsi que des actes sous seing privé contenant des engagements unilatéraux ; 2° des livres et registres des marchands ; 3° des registres et papiers domestiques ; 4° des annotations mises sur des titres.

A. *Des actes sous seing privé proprement dits.*

1. NOTIONS ET CONDITIONS REQUISES.

316. Un acte sous seing privé est un acte contenant des faits juridiques, signé des parties, sans l'intervention d'un officier public. Un acte est signé par la partie lorsqu'elle y a apposé son nom de famille en lettres écrites. La signature peut-elle être remplacée par une autre marque? (Sur cette question, voy. t. II, n° 1957.) Les actes sous seing privé ne doivent pas nécessairement être datés.

a. *Des actes sous seing privé contenant des engagements synallagmatiques.*

317. Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits (art. 1325, alin. 1 et 2). Cette règle, étrangère au droit romain et à l'ancien droit français, a été introduite par la jurisprudence du parlement de Paris. Les auteurs du code donnent pour motif « qu'il ne peut y avoir de contrat synallagmatique que lorsque les parties sont également liées; que cette égalité de lien n'existe pas lorsqu'il dépend de l'un des contractants de se soustraire à son gré à l'exécution de l'acte ou d'en réclamer l'accomplissement ». (Exposé de motifs, n° 193, Rapport de Jaubert, n° 11, Locré, XII, 396 et 511.)

318. L'acte contenant un engagement synallagmatique, même fait en plusieurs originaux, est assimilé à l'acte fait en un seul original, donc nul si chaque original ne fait pas mention du nombre des exemplaires qui en ont été faits. De même, la mention de la pluralité des originaux est tout à fait inopérante si, en réalité, il n'a été fait qu'un seul original. Toutefois, ces deux questions sont controversées. Quelques auteurs n'admettent pas la nullité de l'acte, malgré ces défauts. Mais l'acte sous seing privé fait double est valable quoique les deux doubles se soient

trouvés entre les mains de l'un des contractants au décès de l'autre. (Bruxelles, 10 août 1860, B. J., t. 18, 1505.)

La nullité de l'acte ne peut pas être proposée par les tiers, mais seulement par les parties contractantes. (Rennes, 1er mai 1878, D., 1878, 2, 225.)

319. La règle de l'article 1325 ne s'applique qu'aux contrats synallagmatiques parfaits, et non pas aux contrats synallagmatiques imparfaits ni aux obligations unilatérales, par exemple au mandat, au dépôt. (Voy. *suprà*, n° 8, 1°.) Elle ne s'applique pas non plus aux engagements unilatéraux de leur nature, mais qui sont subordonnés à certaines conditions que le créancier doit accomplir, par exemple si la caution ne s'oblige que sous la condition expresse que le créancier ne poursuivra pas le débiteur avant l'expiration d'un délai fixé. Les termes et les motifs de l'article 1325 en excluent l'application à ce cas. Duranton, XIII, n° 152, et Zachariæ, § 756, notes 19 et 20, se prononcent en sens contraire. L'article 1325 n'est pas applicable non plus, si le contrat était bilatéral dans le principe et que l'une des deux parties l'ait complétement exécuté, de sorte que l'autre seule est restée obligée; par exemple, le vendeur a livré la chose vendue, mais l'acheteur ne l'a pas encore payée.

320. Plusieurs personnes peuvent figurer dans l'acte. Celles que l'acte a pour objet principal de charger d'obligations réciproques les unes envers les autres ont un intérêt distinct. Les personnes qui, soit conjointement, soit solidairement, doivent faire la même prestation, ainsi que celles auxquelles la même prestation est due, sont censées avoir le même intérêt, quand même le contrat pourrait avoir pour effet indirect de faire naître des intérêts opposés entre elles; par exemple, plusieurs associés contractant avec un tiers pour la société ont le même intérêt; leur intérêt est distinct de celui avec lequel ils traitent.

321. Lorsque l'acte contenant une convention synallagmatique n'a pas été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, ou lorsqu'il ne mentionne pas le nombre des originaux, il est *nul* comme *instrument de preuve*. Mais la nullité de l'acte comme moyen de preuve n'entraîne pas la nullité de *l'obligation même* que les parties ont contractée, laquelle peut alors être prouvée conformément aux règles générales sur la preuve.

D'après la jurisprudence du parlement de Paris, l'obligation même était nulle dans ce cas.

322. Il y a controverse sur la question de savoir si l'acte sous seing privé qui ne réunit pas toutes les conditions de validité prescrites par la loi peut du moins valoir comme *commencement de preuve par écrit.* Oui, suivant Toullier (t. VIII, n° 322; t. IX, n°s 84, 85; Merlin, *Rép.*, v° *Double écrit*, n° 8, 3°; Troplong, *Vente*, n° 33; Marcadé, art. 1325, n° 2; Larombière, art. 1325, n° 38); non, selon Duranton (t. XIII, n° 164; Zachariæ, § 756, note 31). La première opinion est préférable, elle s'appuie sur l'article 1347, qui définit commencement de preuve par écrit tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Or, un acte que quelqu'un a signé est certainement émané de lui. (Cass. fr., 28 novembre 1864, D., 1865, 1, 105; Bruxelles, 20 mars 1866, B. J., t. 24, 545, P., 1866, 150.) L'opinion contraire se fonde sur ce que, si l'acte sous seing privé est incomplet, la loi présume que les parties n'ont fait qu'un simple projet de convention. Mais cette présomption ne résulte nullement de la loi. (Cologne, 30 mai 1865; *Archiv. rhénan.*, t. 59, I, 156, et *infrà*, n° 326.)

323. Le défaut de mention, et il faut ajouter le *défaut réel* (voy. Duranton, n° 161) du nombre des originaux ne peut être opposé par celui qui a *exécuté* la convention portée dans l'acte, soit en tout, soit en partie (art. 1325, alin. 3, arg. art. 1338, alin. 3), car l'exécution est la meilleure preuve de l'existence de l'acte. Une partie est censée avoir exécuté le contrat, non-seulement lorsqu'elle s'est libérée par l'accomplissement de l'obligation que cet acte lui impose, mais aussi lorsqu'elle a participé ou concouru à l'exécution de la part de son cocontractant. Par exemple, le vendeur a livré et l'acheteur a accepté la chose vendue; ce dernier, poursuivi en payement, ne peut plus contester la force probante de l'acte irrégulier qui constate la vente.

b. *De l'acte sous seing privé contenant un engagement unilatéral* (art. 1326, 1327).

324. Pour éviter les fraudes qui se commettraient par un changement de l'écriture, et pour prévenir l'abus que l'on pour-

rait faire, soit de la légèreté, de la négligence ou de la confiance d'une personne qui signerait une promesse écrite par une autre sans l'avoir lue, soit d'un blanc seing, soit d'une signature trouvée par hasard, la déclaration du 22 septembre 1733 prescrivait que tous les billets *causés pour valeur en argent* seraient revêtus d'un *bon* ou *approuvé*, avec indication de la somme promise, écrit de la main du signataire. Le code a étendu cette règle à toutes les promesses ayant pour objet une *chose appréciable*, c'est-à-dire qui est exprimée en une quantité numérique quelconque (nombre, poids, mesure), en opposition des corps certains et déterminés. « Le billet ou la promesse sous seing privé », dit l'article 1326, alin. 1, « par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé, portant *en toutes lettres la somme* ou la quantité de la chose ».

325. L'alinéa 2 de l'article 1326 fait à cette règle de nombreuses exceptions, qui n'ont pas toutes le même motif. La rapidité et la multiplicité des opérations commerciales ont fait introduire l'exception en ce qui concerne les marchands, parmi lesquels il faut aussi comprendre les banquiers. L'exception pour les artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service, domestiques, ouvriers, etc., est fondée sur ce que souvent les personnes appartenant à ces classes ne savent que signer leur nom, et que, sans cette disposition, ils seraient forcés, pour les plus petits intérêts, de passer des actes publics, ce qui leur causerait de grands frais. (Rapport au Tribunat, n° 12, Locré, XII, 514.)

326. La règle de l'article 1326 s'applique au cas où, en vertu de l'acte, il n'y a qu'une seule partie obligée, quand même il y aurait plusieurs personnes qui se seraient engagées conjointement ou solidairement envers une ou plusieurs autres. Un seul acte suffit dans ces cas ; mais chacun des débiteurs qui n'ont pas écrit l'acte doit y apposer son *bon* ou *approuvé* ; par exemple, si la femme signe avec son mari un acte écrit par ce dernier.

327. A défaut du *bon* ou de l'*approuvé*, l'acte est nul comme *moyen de preuve* ; mais l'obligation qu'il contient n'est pas nulle. Elle peut être prouvée conformément aux règles sur la preuve.

L'acte irrégulier vaut comme *commencement de preuve par écrit* contre celui qui l'a signé. (Voy. *suprà*, n° 322; Liége, 6 mai 1865, B. J., t. 23, 1242; Cass. belge, 18 janvier 1875, P., 1875, 85.)

328. Lorsque la somme exprimée au corps de l'acte est différente de celle exprimée au *bon*, l'obligation est présumée n'être que *de la somme moindre*, lors même que l'acte, ainsi que le *bon*, sont écrits en entier de la main de celui qui s'est obligé, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur (art. 1327). Le motif de cette règle, c'est l'article 1162 : « Dans le doute, la convention s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation. » L'article 1327 s'applique même au cas où la somme la plus faible se trouve exprimée dans le corps de l'acte écrit par un autre que le débiteur.

Cette disposition n'est pas applicable dans le cas où l'acte muni du *bon* ou *approuvé* renferme encore d'autres obligations n'ayant pas pour objet des sommes d'argent. (Gand, 29 avril 1863, B. J., t. 21, 803.)

2. DE LA FORCE PROBANTE DES ACTES SOUS SEING PRIVÉ.

329. L'attestation de l'officier public et des témoins instrumentaires est une garantie que la signature apposée à un acte authentique émane de celui à qui elle est attribuée. Rien ne garantit que l'acte sous seing privé émane de la personne à laquelle il est attribué et opposé. C'est pourquoi l'acte sous seing privé n'a aucune force probante tant qu'il n'a pas été reconnu par celui auquel on l'oppose ou qu'il n'est pas légalement tenu pour reconnu (art. 1322).

330. « Celui auquel on oppose un acte sous seing privé doit *avouer* ou *désavouer* formellement son écriture ou sa signature » (art. 1323, alin. 1), parce que chacun doit connaître sa propre écriture. Il ne peut donc pas se borner à déclarer *ne pas la reconnaître;* une semblable déclaration équivaudrait à un aveu et ne donnerait pas lieu à la nécessité d'une vérification. Mais il est possible que les héritiers ou ayants cause n'aient pas connaissance de l'écriture de leur auteur; lorsqu'un acte sous seing privé leur est opposé, ils peuvent donc se borner à déclarer « qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur

auteur » (art. 1323, alin. 2). Dans les cas où la signature a été désavouée par une partie ou méconnue par ses héritiers, la vérification en est ordonnée en justice (art. 1324). Cette vérification se fait conformément aux règles du code de procédure civile, art. 193 et suiv.

331. Toutefois, pour faire valoir un acte sous seing privé, il n'est plus nécessaire aujourd'hui, comme il l'était autrefois, d'après un édit de 1684, que celui qui en est porteur conclue préalablement à la reconnaissance de la signature. Il peut conclure directement à ce que le signataire de l'acte soit condamné à l'exécuter. Si, après avoir reçu communication de l'acte, celui auquel il est opposé n'en désavoue pas la signature, ou ne déclare pas ne pas la reconnaître, ou s'il y oppose une défense au fond, il est présumé la reconnaître. Il en est de même s'il ne comparaît pas. (Exposé de motifs, n° 191; code de proc., article 194, Locré, XII, 396.)

332. L'acte sous seing privé reconnu ou légalement tenu pour reconnu a, tant à l'égard des tiers qu'entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique, en ce qui concerne le fait juridique et les énonciations qu'il contient (art. 1322 et *suprà*, n° 308.)

L'acte sous seing privé a la même foi que l'acte authentique; mais il n'a pas plus de foi. Il peut donc aussi être attaqué par l'inscription en faux, même par la partie qui l'aurait reconnu, lorsque cette reconnaissance est le résultat de l'erreur, ou lorsque le corps de l'acte aurait été falsifié. L'inscription en faux aura les divers effets exposés au n° 309, suivant qu'elle est principale ou incidente.

On peut encore *s'inscrire en faux incident civil* contre un acte sous seing privé, encore que cet acte ait été *vérifié* en justice être de la partie, à d'autres fins que celles d'une poursuite de faux principal ou incident, et qu'il soit intervenu un jugement sur le fondement de ladite pièce comme véritable. Le jugement rendu sur la *vérification d'écriture* ne forme pas chose jugée quant à l'inscription en faux (code de proc. civ., art. 214). (Duranton, éd. fr., t. XIII, n°s 123-126.)

333. Mais il n'en est pas de même en ce qui concerne la *date* de l'acte. A cet égard, il faut distinguer :

1° Entre les parties, leurs héritiers ou ayants cause, l'acte

fait foi de sa date jusqu'à la preuve contraire. Donc, si le signataire auquel l'acte est opposé a intérêt à prouver que sa date n'est pas sincère, il n'a pas besoin de s'inscrire en faux. Par exemple, un interdit a signé un acte en lui donnant une date antérieure à l'interdiction; une femme mariée a antidaté un engagement souscrit pendant le mariage; un mineur a donné une date postérieure à un acte signé pendant sa minorité. Dans tous ces cas, l'acte fait par lui-même preuve de sa date; mais le signataire peut prouver que cette date n'est pas sincère, et, comme la fausse date a été ajoutée pour déguiser une fraude, cette preuve peut se faire par tous moyens, même par témoins et présomptions (art. 1353).

334. 2° A l'égard des *tiers*, c'était une ancienne règle que les actes sous seing privé n'ont point par eux seuls de date contre les tiers. A l'égard des tiers, les actes sous seing privé n'ont de date que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire (art. 1328). Le motif de cette disposition, c'est de prévenir les fraudes que l'on pourrait commettre contre les tiers dans beaucoup de circonstances en faisant des actes sous une date autre que la véritable.

335. Que faut-il entendre par *tiers* dans l'article 1328? On peut dire avec Zachariæ, § 756, que l'on doit « considérer comme tiers tous ceux *qui n'ont pas figuré dans l'acte* sous seing privé dont il s'agit d'apprécier la force probante, et qui se trouvent, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention ou d'une disposition faite par l'une des parties signataires, investis, en leur propre nom, de droits réels ou personnels, dont l'existence ou les effets seraient compromis, si la convention ou le fait juridique constaté par cet acte pouvait leur être opposé »; et que l'on doit considérer comme représentants ou ayants cause des parties « tous ceux qui n'ont de droits à faire valoir que du chef de l'une de ces parties, et comme lui ayant succédé à titre universel, ou comme exerçant ses droits et actions conformément à l'article 1166 ».

336. Il résulte de la règle du n° 335 que les actes sous seing

privé font foi de leur date : 1° contre les héritiers ou successeurs universels des parties, à moins qu'ils n'agissent en vertu d'un droit qui leur est propre, par exemple d'un droit de réserve, et qu'ils n'attaquent l'acte en cette qualité ; 2° contre les créanciers lorsqu'ils n'agissent pas en nom personnel, par exemple contre la masse créancière d'un failli ; 3° contre le mandant lorsque l'acte a été souscrit par son mandataire conventionnel ou légal (le tuteur, le mari). (Bruxelles, 29 janvier 1872, P., 1872, 116 ; Liége, 7 août 1872, P., 1872, 387.)

L'acte sous seing privé ne fait pas foi de sa date : 1° contre le successeur à titre particulier (l'acheteur, le donataire) de celui qui a souscrit l'acte, si cet acte contient des conventions antérieures au titre passé entre le signataire et son successeur à titre particulier. Mais, à cause des nombreux inconvénients auxquels cette règle pourrait donner lieu, il faut en faire une exception en cas de cession. Le débiteur peut opposer au cessionnaire les quittances sous seing privé données par le cédant. (Voy. *infrà*, tit. VI, de la *Vente*.) Il en est de même des quittances données par le bailleur au preneur en cas de vente du bien loué, et suivant la plupart des auteurs, de toutes les simples quittances (Marcadé, art. 1328, n° 5) ; 2° à l'égard des créanciers qui agissent en leur propre nom contre le débiteur, par exemple qui ont saisi ses biens ; 3° contre le mari chef de la communauté ou usufruitier des biens de la femme, lorsque les actes ont été signés par la femme (art. 1410).

337. La disposition de l'article 1328 est restrictive. On ne peut donner à la date de l'acte sous seing privé force probante à l'égard des tiers par aucun moyen autre que les trois indiqués par cet article, ainsi, par exemple pas par le timbre de la poste sur une lettre missive ou par la preuve testimoniale de la sincérité de la date. L'opinion contraire qui attribue au juge un pouvoir discrétionnaire de déterminer l'effet des actes suivant les circonstances, enlèverait toute certitude aux droits des parties.

B. *Des livres et registres des marchands* (art. 1329, 1330).

338. Le code ne traite pas des règles sur la force probante des livres de commerce pour les commerçants entre eux ; elles

se trouvent au code de commerce (art. 8-17 et 109 ; loi belge du 15 décembre 1872, art. 16-24). Il s'agit ici de la force probante de ces registres à l'égard des non-commerçants. Les registres des marchands ne font point, contre les personnes *non marchandes*, preuve des fournitures qui y sont portées, *sauf ce qui sera dit à l'égard du serment* (art. 1329).

La disposition de l'article 1329 est une application de la règle *que nul ne peut se créer un titre à soi-même*. Toutefois, lorsque les livres d'un marchand, *régulièrement tenus*, contiennent des obligations à la charge d'un non-commerçant, ces obligations doivent être considérées comme *n'étant pas totalement dénuées de preuve*, et le juge peut, en ce cas, déférer d'office au commerçant le serment supplétoire, soit sur la demande, soit sur l'exception à l'appui de laquelle il invoque ses livres (art. 1367, n° 2 ; Bruxelles, 13 nov. 1868, P., 1869, 103). Cette règle était suivie dans l'ancienne jurisprudence. Mais les livres des marchands, même régulièrement tenus, ne forment point contre les non-commerçants un commencement de preuve *par écrit*, qui autoriserait la preuve testimoniale (art. 1347) ; car, ils *n'émanent pas* de celui à qui on les oppose. Toutefois, cette question est controversée.

339. Les livres des marchands font preuve *contre eux ;* mais celui qui en veut tirer avantage *ne peut les diviser* en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention (art. 1330).

Les livres des marchands font preuve *contre eux,* quand même ils ne seraient pas régulièrement tenus. La deuxième disposition de l'article 1330 est une application du principe de l'indivisibilité de l'aveu (art. 1356). Il faut admettre ou rejeter complétement la force probante de ces livres. La division ne peut pas avoir lieu, quand même il s'agirait d'énonciations ayant rapport à des fournitures tout à fait distinctes et faites à des époques différentes.

C. *Des registres et papiers domestiques* (art. 1331).

340. Les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits (art. 1331, alin. 1). Cette règle

est encore une application du principe que nul ne peut se faire un titre à soi-même. (L. 7, C., *De probationibus*, 4, 19 ; Cass. fr., 6 fév. 1878, D., 1878, 1, 167.)

Mais les registres et papiers domestiques font foi *contre* celui qui les a écrits : 1° dans tous les cas où ils énoncent formellement *un payement reçu;* 2° lorsqu'ils contiennent la *mention expresse* que la note a été faite pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation. Pour que, dans ces deux cas, les registres et papiers domestiques fassent foi, il faut que la mention qu'ils contiennent ait été écrite de la main de celui auquel on les oppose. Car une mention écrite par une main étrangère n'offre aucune garantie qu'elle soit l'expression de la volonté ou de l'aveu de celui à qui ces registres appartiennent.

Toutefois, s'il était établi que la mention était émanée d'une personne habituellement employée aux écritures du propriétaire des registres, par exemple de son commis ou secrétaire, on ne pourrait pas la rejeter comme dénuée de toute foi; mais sa force probante dépendrait, dans ce cas, du pouvoir discrétionnaire du juge.

Les registres domestiques font pleine foi contre celui qui les a écrits lorsqu'ils énoncent un payement reçu, quand même cette énonciation aurait été plus tard barrée ou biffée. Car, par l'énonciation, la preuve du payement est acquise au débiteur, et il ne doit plus dépendre du créancier de la détruire.

Mais lorsqu'il s'agit d'*établir un titre* au profit d'un tiers, contre l'auteur des papiers domestiques, la loi n'accorde pas la même faveur qu'elle donne à la libération. (Exposé de motifs, n° 198, Locré, XII, 400.) La mention qui s'y trouve n'est un titre contre celui qui l'a faite que lorsqu'il y est *expressément déclaré* que c'est pour *suppléer au défaut du titre* en faveur de celui au profit duquel l'obligation est énoncée. Suivant Pothier, n° 724, la mention de l'existence d'une obligation faite dans un papier domestique a la même force probante si elle est signée par celui qui l'a écrite, quand même la déclaration qu'*elle tient lieu du titre* ne s'y trouverait pas exprimée. Le code n'a pas reproduit cette disposition.

Si la mention que l'écrit supplée au défaut du titre a été biffée,

elle ne prouve plus rien, parce qu'on suppose alors que l'obligation a été payée.

341. En règle générale, nul n'est tenu de produire contre lui-même les papiers ou registres qu'il a écrits (*Nemo tenetur edere contra se*), excepté dans le cas où il s'agit de livres communs aux deux parties, et sauf les dispositions du code de commerce (art. 15 et 17.) (Toulouse, 9 juin 1877, sous Cass. fr., 9 janvier 1878, D., 1878, 1, 85.)

D. *Des annotations mises sur des titres* (art. 1332).

342. L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur (art. 1331, alin. 1). La loi du 25 ventôse an XI défend aux notaires de délivrer une seconde grosse au créancier, afin que celui-ci ne puisse pas dissimuler un titre sur lequel il aurait mentionné un payement reçu du débiteur. Ainsi, pour qu'une semblable écriture fasse foi, deux conditions sont nécessaires : 1° que l'écriture émane du créancier ; 2° que le titre soit toujours resté en sa possession. Le code s'est écarté de la doctrine de Pothier, *Oblig.*, n°s 726, 727, qui enseigne que l'écriture mise à la suite, en marge ou au dos d'un titre prouve la libération, alors même qu'elle émane *d'un autre que du créancier*, pourvu que le titre soit en la possession du créancier, et que l'écriture émanée du créancier fait foi de la libération, quand même le titre ne serait *pas resté entre les mains de ce dernier*. Ce qui, dans Pothier, est une *disjonctive*, est une *conjonctive* dans le code.

Le motif de Pothier pour la première solution, c'est « parce qu'il est plus que probable que le créancier n'aurait pas laissé écrire ces reçus sur le billet qui était dans sa possession si les payements ne lui avaient pas été faits effectivement ». Sous le code, il y a controverse sur le point de savoir si la mention libératoire écrite *par un tiers* ne fait pas preuve du payement. Nous croyons qu'il faut distinguer trois cas :

A. Le titre est entre les mains du créancier. La mention libé-

ratoire, même écrite par un tiers, fait preuve du payement, pour les motifs donnés par Pothier. (Voy. *suprà,* n° 340.)

B. Le titre est en possession du débiteur. Le cas tombe sous l'article 1282. La libération serait présumée, quand même aucune mention ne se trouverait sur le titre. La mention n'y ajoute rien. *Quod abundat non vitiat.* Il importe donc peu par qui elle soit écrite. Il en serait autrement si la remise n'avait pas été volontaire. (Voy. *suprà,* n° 230.)

C. Le titre est en possession d'un tiers. La mention libératoire écrite par le créancier peut, suivant les circonstances, valoir comme commencement de preuve par écrit.

343. 2° L'écriture libératoire fait foi de la libération du débiteur lorsqu'elle a été mise par le créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur (art. 1332, alin. 2). Si, dans ce cas, l'écriture est d'une autre main que celle du créancier, elle ne fait aucune foi du payement, à moins qu'elle ne soit *signée* du créancier; car il ne doit pas être au pouvoir du débiteur de se procurer la libération de la dette en faisant écrire des reçus sur l'acte qui est en sa possession, par telle personne qu'il voudra. (Pothier, n° 727.)

La mention libératoire ne fait aucune preuve du payement si le double qui la porte se trouve entre les mains du créancier; car, le créancier peut l'avoir écrite en vue d'un payement *futur*, qui n'a pas eu lieu.

344. Les écritures non signées, qui se trouvent sur feuilles volantes, et qui ne sont pas à la suite, à la marge ou au dos d'un acte signé, ne font pas pleine foi contre celui de qui elles émanent, soit qu'elles contiennent des mentions libératoires, soit qu'elles énoncent des obligations. Elles peuvent, selon les circonstances, valoir comme commencement de preuve par écrit.

III. DES TAILLES (art. 1333).

345. Les tailles corrélatives à leurs échantillons font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail (art. 1333). « On

appelle *tailles* les deux parties d'un morceau de bois fendu en deux, dont deux personnes se servent pour marquer la quantité de fournitures que l'une des deux fait journellement à l'autre. Pour cet effet, chacune d'elles a un morceau de ce bois; celui que le marchand qui fait les fournitures a par-devers lui s'appelle proprement *taille*, l'autre se nomme *échantillon*. Lors des fournitures, l'on joint les deux parties du morceau de bois, et l'on y coche, avec un couteau, un chiffre qui marque la quantité des fournitures. » (Pothier, *Oblig.*, n° 730.)

Si l'échantillon n'est pas représenté, n'importe pour quel motif, la taille seule ne prouve rien.

IV. DES COPIES DES TITRES.

346. « On appelle *copie* la transcription d'un titre ou d'un écrit quelconque, faite littéralement ou mot à mot sur l'original. » (Toullier, n° 412.)

« Les copies, lorsque l'original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée » (art. 1334). Toute partie peut toujours demander la production de la minute, pour en vérifier la conformité avec l'expédition ou la grosse (code de proc., art. 852). Le dépositaire ou notaire est tenu d'apporter la minute. Le requérant doit avancer les frais.

Lorsque les actes originaux sont en pays étranger, le juge peut rejeter la demande de représentation du titre original, surtout si cette représentation donnait lieu à des lenteurs et des difficultés. (Cass. fr., 9 nov. 1846, D., 1846, 1, 336.)

347. « Lorsque le titre original n'existe pas, les copies font foi d'après les distinctions suivantes :

« 1° Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original : il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque » (art. 1335, 1°).

« La grosse ou première expédition a la même foi que l'original, pour deux raisons : 1° parce que, en arrêtant la convention les contractants requièrent, au moins tacitement, d'en déli-

vrer à chacun d'eux une grosse ou première expédition, pour leur tenir lieu du titre original dont, sans cela, ils ne pourraient faire usage, la minute restant chez le notaire. Le notaire est donc requis de faire cette délivrance; elle est faite en présence des parties et de leur consentement réciproque; elle est une condition nécessaire du contrat; elle en est le complément. Dans ces cas, les copies tirées sous les yeux des parties sont en quelque sorte leur propre fait » (Exposé de motifs, n° 202, Locré, XII, 401); 2° parce que, le titre original étant perdu, cette perte étant prouvée, l'obligation peut être prouvée par *témoins* (art. 1348, 4°). « Or, quel témoin plus digne de foi pourrait-on trouver, que l'officier public choisi par les parties pour recevoir et rédiger leurs conventions, et qui atteste que la grosse est conforme à l'original? » (Toullier, n° 429.)

La première *expédition* est l'équivalent de la *grosse* délivrée au créancier, mais sans la formule exécutoire. Elles ont la même force probante. Cette force probante, tant que l'original existe, n'est que provisoire. Chaque partie peut demander la production de l'original, de la minute. Cette force probante est définitive en cas de perte des minutes. Sur la manière de procéder au remplacement de doubles des registres de l'état civil détruits par un incendie, voy. jugement du tribunal de la Seine du 30 juin 1858. (B. J., t. 17, 47.)

348. 2° Les copies qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics, qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, *peuvent*, au cas de perte de l'original, faire foi *quand elles sont anciennes*. Elles sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans. Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit (art. 1335, 2°).

Cette disposition soulève trois questions :

a. Pourquoi, dans ce cas, la *copie* ne fait-elle pas preuve complète? Le motif pour lequel cette copie ne fait pas foi par elle-même, « c'est que cette copie, tout en prouvant qu'il y a un original, sur lequel elle a été tirée, ne prouve point que l'original

sur lequel elle a été tirée, et qu'on ne représente pas, avait tous les caractères nécessaires pour faire foi. Au moment où le notaire qui a reçu l'original, ou son successeur, en a fait copie, il voyait seulement qu'il y avait un original, mais il ne le voyait pas signer », dit Pothier, *Oblig.*, n° 736.

Il nous semble que l'on pourrait plutôt donner pour raison, que le notaire qui, dans ces circonstances, a fait une copie, n'a pas agi dans les limites de ses attributions. Quand l'acte est écrit et que la grosse ou les expéditions ont été remises aux parties, les fonctions du notaire sont terminées. « Quand le notaire déclare qu'une copie a été tirée sur la minute, c'est un fait qui lui est personnel. » (Exposé de motifs, n° 202, Locré, XII, 402.) De plus, si l'acte n'est pas ancien, il pourrait y avoir collusion.

b. Pourquoi, dans le cas de l'article 1335, n° 2, la copie peut-elle constituer un commencement de preuve par écrit? C'est parce que, en cas de perte de l'original, la preuve de l'obligation peut être faite par témoins, et l'on considère comme le témoin le plus digne de foi l'officier public choisi par les parties pour recevoir et rédiger leurs conventions. Cet officier, qui a vu l'acte original, atteste que les formalités en étaient régulières. En cas de perte de l'original, une semblable attestation formait, suivant Dumoulin, une semi-preuve.

Il est *facultatif* au juge de considérer cette copie comme un commencement de preuve par écrit. En tous cas, la disposition de l'article 1335, n° 2, est une dérogation à l'article 1347.

c. Pourquoi la copie peut-elle faire foi quand elle est ancienne? Parce que l'ancienneté écarte le soupçon de complaisance ou de collusion, que l'on pourrait concevoir lorsque la perte de l'original et la copie sont récentes. Il faut bien le remarquer : la loi dit : elle *peut* faire foi. Le juge peut donc ne pas y attacher une force probante. C'est une question d'appréciation.

La copie est considérée comme ancienne lorsqu'il y a plus de trente ans depuis qu'elle a été tirée.

Le code, en distinguant entre les copies anciennes et les copies non anciennes, a suivi la doctrine de Dumoulin.

349. 3° Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics, qui, en cette qualité, sont

dépositaires des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit.

Il ne s'agit pas ici de copies tirées par des particuliers; celles-là sont absolument sans aucune force probante. Il s'agit de copies tirées par un *notaire* ou un autre *officier public* qui n'a pas reçu l'acte ou qui n'est pas *dépositaire* des minutes. Quelle que soit l'ancienneté de la copie, elle ne lui donne pas la force d'une preuve complète, puisque dans ce cas il peut y avoir des doutes sérieux, non-seulement sur la conformité de la copie à l'original, mais sur la sincérité de l'original même. « Car le notaire qui a tiré la copie est sans caractère pour attester la vérité de minutes qui ne sont pas les siennes ou celles de ses prédécesseurs. Il n'a point alors de garantie de n'être point trompé par celui qui lui produit la minute sur laquelle il donne la copie ; il excède les bornes de son ministère, et c'est encore conserver à sa qualité d'officier public une grande confiance que de considérer cette copie comme *un commencement de preuve par écrit ;* c'est supposer non-seulement qu'il a été de bonne foi quand il a délivré cette copie, mais encore qu'il a pris alors les informations et les mesures qui dépendaient de lui pour n'être pas trompé. » (Exposé de motifs, nº 202, Locré, XII, 402-403.)

Toullier (t. VIII, nºs 437 et 438) nous dit qu'autrefois les notaires remettaient aux parties les minutes ou les brefs des actes et contrats, après les avoir copiés sur les registres et protocoles que les ordonnances les obligeaient à tenir. Il pouvait alors arriver que les parties saisies de la minute la présentassent à un notaire *autre* que celui qui avait reçu l'acte et qui était dépositaire du protocole, pour tirer une copie de la minute ou du bref. Aujourd'hui cela peut arriver difficilement, parce que le notaire ne peut plus se dessaisir de la minute. C'est encore possible dans le cas où l'acte original a été fait en *brevet.*

350. 4º Les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements. La qualité de la personne qui délivre des copies d'une copie ne saurait leur donner un caractère de vérité. (Exposé de motifs, nº 202, Locré, XII, 403.)

351. En vertu de la règle qui précède, la transcription d'un acte sur les registres publics, par exemple ceux du conservateur

des hypothèques, ne peut faire preuve, parce que ce n'est que la *copie d'une copie*. Toutefois, elle pourra servir de *commencement de preuve* par écrit sous les *deux conditions* suivantes : 1° qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait, soient perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a été faite par un accident particulier; 2° qu'il existe un répertoire en règle du notaire, qui constate que l'acte a été fait à la même date. Le concours de ces deux circonstances donne à la vérité de l'acte transcrit un tel degré de vraisemblance, que l'on doit regarder cette transcription comme un *commencement de preuve par écrit*, dont l'effet est de rendre la preuve par témoins admissible. Alors il sera nécessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte, s'ils existent encore, soient entendus (art. 1336).

352. L'enregistrement de l'acte ne peut pas servir de commencement de preuve par écrit, puisqu'il ne présente pas une *copie,* mais seulement une analyse sommaire de l'acte. Il peut, selon les circonstances, donner lieu au serment supplétoire (art. 1367). Duranton (t. XIII, n° 255) attribue à l'enregistrement la même force probante qu'à la transcription de l'acte. Il est évident que l'enregistrement d'un acte sous seing privé n'a aucune espèce de force probante, et ne peut pas servir de commencement de preuve par écrit, parce qu'il ne constate pas même que l'acte a les caractères extérieurs de la sincérité. Les signatures peuvent avoir été fausses, ce qui ne peut plus être vérifié après la perte de l'acte original.

V. DES ACTES RÉCOGNITIFS ET CONFIRMATIFS (art. 1337-1340).

353. Dans ce paragraphe, le code traite de deux choses tout à fait distinctes, savoir : 1° de la *reconnaissance* d'une obligation valablement existante (art. 1337), et 2° de la *confirmation* d'une obligation irrégulièrement contractée (art. 1338-1340).

A. *De la reconnaissance et des actes récognitifs.*

354. Reconnaître une obligation, c'est en déclarer l'existence. La reconnaissance peut avoir pour but ou d'interrompre la pres-

cription (art. 2248) ou de fournir un moyen de preuve de l'existence de l'obligation. Dans ce paragraphe, elle est envisagée seulement sous ce dernier point de vue.

Le *titre primordial* est le *premier* titre qui a été passé entre les parties entre lesquelles une obligation a été contractée, et qui renferme cette obligation, par exemple le titre *constitutif* d'une rente. Les *titres récognitifs* sont ceux qui ont été passés depuis par les débiteurs, leur héritiers ou successeurs. (Pothier, n° 742.)

Les auteurs anciens se servent indistinctement des termes reconnaissance ou actes récognitifs et confirmation ou actes confirmatifs. Ils appliquent, conformément au droit canon, les mêmes principes aux uns et aux autres, et le code a conservé des traces de ce système. (Voy. *infrà*, n° 356.)

355. Les actes récognitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée. — Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. — Néanmoins s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial (art. 1337).

356. Pour bien comprendre cette disposition, dont le sens n'est pas bien clair, il faut remonter à son origine historique, qui a été le mieux expliquée par Toullier (t. VIII, nos 474-482).

« Les princes souverains », dit Toullier, « confirmaient autrefois les concessions, les donations faites par leurs prédécesseurs ; les seigneurs confirmaient les concessions de terres données en fief par leurs auteurs ; les papes, surtout, confirmaient les priviléges et les grâces accordées par leurs devanciers, les coutumes, les élections de prélats, etc.

« C'est à cette occasion que les papes établirent, relativement aux actes confirmatifs, des principes qui, développés avec beaucoup de subtilité par les interprètes du droit canonique, s'introduisirent dans notre ancienne jurisprudence, et qu'il est d'autant plus nécessaire de connaître, que leurs conséquences ont servi de fondement à quelques dispositions du code, comme s'en est plaint M. Malleville, peut-être avec raison. (Voy. le titre ; *De confirmatione utili vel inutili*, X. II, 30.)

« Le principe des canonistes est que toute confirmation suppose un droit déjà acquis : qu'elle a un rapport nécessaire avec le titre confirmé qu'elle ne peut ni étendre ni diminuer, parce que celui qui confirme n'est pas censé faire une concession ou disposition nouvelle, mais seulement en approuver une précédente telle qu'elle existe.

« La confirmation est donc censée conditionnelle. Si le titre confirmé est valable et légitime, elle le rend plus solennel et plus authentique; s'il est absolument nul ou surpris dans son principe, elle ne le rend pas valable : elle le suppose sans rien ajouter à sa validité : de là la maxime commune : *Qui confirmat nihil dat*.

« Cependant celui qui confirme, s'il a le pouvoir de disposer, peut valider une disposition absolument *nulle*, et par conséquent considérée comme non existante. Il peut, par l'effet de sa volonté, lui donner la force et l'existence qu'elle n'avait pas.

« Les canonistes appelaient confirmations en forme commune, *in forma communi*, celles qui ne donnaient aucun droit nouveau, aucune valeur nouvelle à l'acte confirmé.

« Et confirmations en forme spéciale, *in formâ speciali* ou *ex certâ scientiâ*, celles qui conféraient un droit nouveau, et qui rendaient valide l'acte confirmé s'il ne l'était pas.

« On sent combien cette distinction peut fournir de prétextes pour annuler un acte auquel on en fait l'application; car un second principe fondamental de la doctrine des canonistes est que toute confirmation est censée faite *in formâ communi*, si l'on n'y trouve pas la preuve qu'elle a été faite en connaissance de cause. Cette preuve, ils la tirent :

« 1° De ce qu'on a inséré en entier, dans l'acte de confirmation, la teneur de l'acte confirmé. Cette circonstance rend constant à leurs yeux que celui qui confirme a une pleine connaissance des faits, et qu'il a voulu confirmer l'acte malgré ses vices ou ses défectuosités ;

« 2° De ce qu'il est énoncé dans l'acte que la confirmation est faite en connaissance de cause; car alors, quoique la teneur en entier de l'acte n'y soit pas référée, on doit en croire celui qui confirme, quand il assure qu'il a eu une connaissance suffisante des faits et des circonstances de l'acte confirmé, qu'il n'en a pas

ignoré les vices, et qu'il a eu l'intention de les réparer; en un mot, de rendre l'acte valide...

« Il résulte de ces principes qu'alors que le titre primordial est représenté, les actes de confirmation en forme commune, quelque nombreux qu'ils soient, peuvent toujours être réduits à ce qu'il contient : ils n'y peuvent rien ajouter, en rien retrancher.

« Dumoulin appliqua ces principes aux rénovations d'investitures ou de concessions en fief qui se faisaient par l'admission du vassal à la foi et hommage : le vassal était ensuite obligé de donner un dénombrement ou aveu des terres et autres droits qu'il possédait en fief. Le seigneur comme le vassal pouvait demander la communication de la concession primitive ou du titre primordial, et des rénovations ou confirmations et dénombrements qui l'avaient suivi...

« C'est à ces dénombrements et à l'acceptation qu'en faisait le seigneur, que Dumoulin fit l'application des principes établis par les canonistes sur les effets et la nature des confirmations. Il enseigna que toutes les rénovations ou confirmations ne donnaient ni au vassal ni au seigneur plus ou moins de droits que le titre primordial, auquel il fallait toujours en revenir.

« Cependant il exceptait le cas où il existait *plusieurs* rénovations conformes, dont l'une au moins était ancienne et soutenue de la possession. » (Toullier, VIII, nos 474-480.)

Toullier fait observer qu'en Bretagne, dans l'Anjou et dans le Maine, on n'admettait point la subtile doctrine des canonistes sur les effets des actes confirmatifs, imaginée pour donner aux papes des prétextes de revenir sur des concessions antérieures, et source de procès longs et ruineux; qu'on y tenait pour maxime qu'un seul aveu du vassal dûment reçu ou accepté, suivi d'une possession conforme pendant trente ans, était un titre hors d'atteinte *pour et contre lui*.

357. Pothier, qui vivait sous l'empire de ces principes, reçus à Orléans comme à Paris, les appliqua à tous les *titres récognitifs*. (*Tr. des obligations*, nos 742-745.) Les auteurs du code ont suivi sa doctrine.

358. La matière des titres *récognitifs* s'appliquait surtout aux prestations annuelles ou périodiques et perpétuelles, très-nombreuses dans l'ancien droit, par exemple aux rentes constituées

ou foncières. Il arrivait souvent, surtout quand la création de la rente remontait à un temps reculé, qu'il y eût entre le créancier et le débiteur, ou leurs héritiers ou ayants cause, des actes dans lesquels les parties, à l'effet d'interrompre la prescription, ou d'empêcher la perte du titre, avaient reconnu l'obligation. C'est dans le même ordre d'idées que la loi oblige le débiteur d'une rente à fournir à son créancier un titre nouvel après vingt-huit ans depuis la date du dernier titre (art. 2263).

359. Pour que l'acte récognitif dispense de la représentation du titre primordial, il faut que la *teneur* de ce dernier y soit *spécialement relatée* (art. 1337, alin. 1). C'est la reconnaissance *in formâ speciali* ou *ex certâ scientiâ.*

Qu'entend-on par *spécialement relater la teneur ?* Il n'est pas nécessaire que le titre primordial s'y trouve *copié* tout au long; il ne suffit pas non plus que le titre y soit *mentionné.* Il faut que *toutes les dispositions* du titre primordial soient reproduites dans le titre récognitif, pas textuellement, mais au moins en résumé. (Toullier, n° 484; Cass. fr., 15 avril 1867, D., 1867, 1, 296.)

360. Le titre primordial ne doit pas être représenté, si sa teneur est spécialement relatée dans le titre récognitif, ou s'il n'a pas existé de titre primordial, ou s'il résulte de la reconnaissance même que les parties ont eu l'intention de remplacer le titre primitif par le titre nouveau. La déclaration contenue dans le titre récognitif, que la teneur du titre primordial y est relatée, a force probante. Cette déclaration dispense donc, en général, de la représentation du titre primordial. (Exposé de motifs, n° 204, Locré, XII, 404.)

361. Si le titre primordial a été représenté et qu'il offre une différence avec le titre récognitif, c'est le premier seul qui doit faire preuve. Le motif de cette règle, c'est que les parties, en faisant un titre *récognitif,* sont censées avoir voulu, non pas contracter une nouvelle obligation, mais seulement reconnaître l'ancienne. *Qui confirmat nihil dat.*

Cette règle souffre exception, s'il résulte clairement de l'intention, manifestée dans l'acte récognitif, que les parties ont voulu faire une novation.

362. Le troisième alinéa de l'article 1337 (voy. *suprà,* n° 355) est d'une rédaction obscure. Voici ce que dit à cet égard Pothier,

n° 745, où la disposition a été puisée : « Si les reconnaissants ont reconnu pour moins qu'il n'est porté par le titre primordial; s'il y a plusieurs reconnaissances conformes, et qui remontent à trente ans, qui est le temps suffisant pour opérer la prescription, ou à quarante ans, si le créancier est privilégié, le créancier, en rapportant le titre primordial, ne pourra pas prétendre plus qu'il n'est porté par les reconnaissances, parce qu'il y a prescription acquise pour le surplus. »

La rédaction du code est plus générale. Il n'admet pas seulement une exception en faveur du *débiteur*, comme le fait Pothier, mais il dispense aussi le *créancier* de la représentation du titre primordial, s'il y a plusieurs reconnaissances soutenues de la possession. Ainsi, le créancier aussi peut, dans ce cas, invoquer les titres récognitifs lorsqu'ils lui sont plus favorables que le titre primordial.

B. *De la confirmation et des actes confirmatifs.*

1. NOTION ET CONDITIONS REQUISES.

363. *Confirmer*, c'est donner la validité à une obligation que le débiteur peut attaquer par l'action en nullité ou en rescision. Il y a donc une différence entre la confirmation, la reconnaissance, la simple renonciation aux moyens de nullité, la novation et la ratification d'une obligation contractée pour nous par un tiers; bien que, dans ce paragraphe, le code emploie aussi le terme *ratification* dans le même sens que celui de *confirmation*.

364. Les conditions requises pour la confirmation sont :

I. Quant à *l'objet :* les obligations nulles de plein droit ne peuvent pas être confirmées (art. 1339), mais seulement les obligations susceptibles d'être attaquées par suite d'une nullité *relative*. Ainsi, ne sont pas susceptibles de ratification ou de confirmation les obligations sans objet, ou ayant un objet hors le commerce, ni celles qui n'ont point de cause ou qui ont une fausse cause ou une cause illicite, ni les obligations contractées par une personne physiquement incapable, par exemple par un enfant en bas âge. (Voy. n° 261; Jaubert, rapport au Tribunat, n° 24; Mouricault, discours au Corps législatif, n° 52; observ. du

Tribunat, n° 73, Locré, XII, 523, 585, 284.) Les discussions prouvent à l'évidence qu'une obligation *nulle de droit* ou inexistante ne peut pas être confirmée. (Bruxelles, 14 fév. 1859, B. J., t. 17, 421; P., 1859, 165; Amiens, 7 déc. 1868, D., 1869, 2, 52; Limoges, 22 juill. 1873, D., 1873, 2, 68; Cass. fr., 15 juillet 1878, D., 1879, 1, 22.)

365. Mais il y a controverse sur la question de savoir si une obligation *nulle en la forme* peut être confirmée.

Faisons une observation préliminaire pour bien faire ressortir l'intérêt de la question.

Lorsqu'un acte nul en la forme a été *refait* en la forme légale et contient confirmation de l'acte antérieur, l'acte ainsi refait peut produire un effet que le premier n'a pas pu produire. Mais cet effet n'a lieu qu'à partir du moment où le dernier acte a été passé; il ne remonte pas jusqu'au moment de la passation du premier acte. Or, il y a des actes qui ne peuvent plus être faits après une certaine époque déterminée par la loi. Si un acte nul en la forme, par exemple un contrat de mariage, était confirmé par un contrat régulier après la célébration, pourrait-il produire les effets ordinaires des actes confirmatifs? Si un enfant naturel avait été reconnu dans un acte nul en la forme, par exemple sous seing privé, par son père, cet acte pourrait-il être *confirmé* par un acte authentique après le mariage que le père aurait contracté avec une autre personne que la mère de cet enfant, et cette confirmation aurait-elle le même effet qu'aurait eu une reconnaissance régulière avant le mariage? (Art. 337.)

La solution de la question dont il s'agit ici offre donc un grand intérêt pratique.

366. Les discussions nous donnent peu de lumières sur la question de savoir si les obligations nulles en la *forme* peuvent être confirmées. Bigot-Préameneu dans l'Exposé de motifs, n° 206 (Locré, XII, 405), en disant que les vices de forme ne peuvent être réparés, ne parle que de la *donation*. Le discours au Corps législatif ne mentionne pas même les vices de forme. Jaubert, dans son rapport au Tribunat, n° 25 (Locré, XII, 524), dit très-explicitement que les vices de forme *peuvent être réparés* par la ratification. C'est aussi l'opinion de Zachariæ (§ 339, note 12; voy., en ce sens, Bruxelles, 26 mars 1861, B. J., t. 19, 663).

Cette opinion est *contraire aux principes généraux*. Car, dans les contrats solennels, la *forme* est une condition non moins substantielle de l'*existence* même et non-seulement de la *validité* de l'acte, qu'un objet valable, qu'une cause licite. Ainsi une célébration de mariage, nulle en la forme, un contrat de mariage ou une reconnaissance d'enfant naturel sous seing privé ne peuvent être ratifiés après le mariage. Or, l'article 1339 portant que « le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs *nulle en la forme*, et qu'il faut qu'elle soit refaite en la forme légale, » est une *application* de ce principe. Les jurisconsultes, qui admettent la confirmation des obligations nulles de droit ou nulles en la forme, considèrent l'article 1339 comme une *exception*, et la disposition de l'article 1340 comme une application de cette règle.

367. L'article 1340 dit : « La confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception. » Il est difficile de concilier cette disposition avec notre système; c'en est une exception. Mais il n'est pas moins difficile de concilier l'article 1339 avec le principe que nous combattons. Aucun des deux systèmes ne parvient à concilier ces deux articles; dans tous les cas, il faut admettre une exception. Comment l'expliquer? On ne peut pas la justifier par un principe juridique, puisque les héritiers n'ont pas plus de droit que leur auteur. Si ce dernier ne pouvait pas confirmer la donation, ils ne le peuvent pas non plus. L'auteur de l'Exposé de motifs, nos 206 et 207 (Locré, XII, 405), donne pour raison « que ces formes ont été prescrites pour l'intérêt des tiers; qu'au nombre des tierces personnes que ces formes intéressent sont les héritiers ou ayants cause du donateur; que si, après la mort du donateur ses héritiers ou ayants cause confirment ou ratifient la donation, ou s'ils l'exécutent volontairement, il en résulte, comme dans tous actes de confirmation ou de ratification, qu'ils renoncent à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception. »

Ce motif accepté sans discussion par plusieurs auteurs n'est pas une explication suffisante. Car s'il est vrai que la forme solennelle est prescrite parce que le législateur a voulu rendre

difficiles les donations qui font, au préjudice des héritiers légaux, sortir les biens de la famille, il est vrai aussi qu'elle n'a pas été prescrite *seulement* dans l'intérêt des tiers ou des héritiers, mais aussi dans l'intérêt du donateur lui-même.

368. L'explication la plus rationnelle de la disposition de l'article 1340 nous semble être encore celle donnée par Demante (*Programme du cours de droit civil,* n° 825) et Marcadé (sur les articles 1339 et 1340, n°s 1 et 2), qui considèrent la confirmation ou l'exécution volontaire d'une donation nulle en la forme par les *héritiers* du donateur comme l'acquittement d'une obligation naturelle contractée par leur auteur, et dans laquelle celui-ci a persisté. Certes, cette explication n'est pas tout à fait juridique non plus; car on peut y répondre : Si c'est une obligation naturelle, pourquoi le donateur lui-même n'a-t-il pas pu la confirmer ou exécuter valablement?

Mais, si l'idée d'une obligation naturelle de la part du donateur n'est pas de nature à concilier l'article 1339 avec l'article 1340, et à faire disparaître la contradiction, elle peut au moins l'expliquer. Le donateur lui-même ne peut pas confirmer la donation nulle en la forme pour le même motif pour lequel l'article 931 exige la forme authentique et solennelle pour tout acte portant donation. L'authenticité est requise pour préserver le donateur de l'entraînement et de la précipitation. La loi n'admet pas la confirmation par le donateur lui-même, afin de ne pas le placer sous l'empire d'une contrainte morale à raison de l'obligation précédemment contractée. Un homme délicat pourrait céder à la contrainte morale qu'exercerait sur lui un engagement, même irrégulier, contracté dans un moment d'abandon où d'irréflexion, et par délicatesse, il pourrait ne pas vouloir manquer à sa parole. Les héritiers du donateur, qui n'ont pas eux-mêmes contracté l'engagement, ne sont pas sous cette contrainte morale; s'ils l'exécutent, c'est un acte de leur libre volonté et une reconnaissance de l'obligation réelle de leur auteur.

369. II. Une condition requise pour confirmer ou ratifier expressément ou tacitement une obligation, c'est la *capacité* de la contracter. Sans cette capacité, l'acte confirmatif aurait le même vice que l'obligation originaire.

370. III. La confirmation doit avoir lieu suivant le *mode* pres-

crit par la loi. La confirmation peut se faire *expressément* par acte authentique ou par acte sous seing privé (art. 1338, alin. 1) ou *tacitement*, par l'exécution volontaire de l'obligation. La confirmation expresse faite par un acte écrit n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée (art. 1338, alin. 1). Le motif de cette disposition est d'éviter les surprises que pourrait pratiquer le créancier en demandant une ratification en termes généraux. La loi veut avoir une garantie que le débiteur a *connu* le vice qui pouvait donner lieu à l'action en nullité, qu'il a confirmé *ex certâ scientiâ*.

Les mots *substance de cette obligation* ne doivent pas être pris dans le même sens que les termes : *à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée* dans l'article 1337, alin. 1 (voy. nº 359). La loi se contente ici d'une mention plus sommaire que dans le cas de l'article 1337.

A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. Pour que la confirmation se fasse par l'exécution volontaire, il faut que le débiteur ait eu connaissance de la nullité, et qu'en l'exécutant il n'ait pas fait la réserve de faire annuler l'obligation. (Riom, 13 mars 1855, D., 1855, 2, 183.) Le mot *volontaire* a ici le même sens que dans les articles 1235 et 1967. Une exécution partielle peut suffire.

371. Il y a controverse sur le point de savoir si, pour lier le débiteur, la confirmation doit être acceptée par le créancier. Pour la négative on dit que, par cela seul que le créancier a accepté l'engagement originaire du débiteur, il a accepté la confirmation. Mais on ne peut pas admettre ce raisonnement; car l'obligation vicieusement contractée n'a établi *aucun* droit au profit du créancier. Dès lors, il ne peut s'en prévaloir; c'est donc comme s'il n'y avait pas d'acceptation du tout; il faut donc une nouvelle acceptation de sa part. (*Contrà*, Larombière, art. 1338, nº 47.)

2. EFFETS DES ACTES CONFIRMATIFS.

372. La confirmation, ratification ou exécution volontaire dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers (art. 1338, alin. 3). Mais la confirmation se renferme dans son objet et ne doit pas être étendue au delà de la cause de nullité que la partie a voulu faire disparaître (art. 1338, alin. 1; arg. art. 2048). Ainsi, par exemple, une vente lésionnaire, contractée par violence, peut être attaquée pour lésion de plus des 7/12, si le vendeur ne l'a confirmée que pour réparer le vice de la violence.

373. La confirmation a un effet rétroactif. Si elle a lieu, l'acte confirmé est censé avoir toujours été valable. Car c'est une renonciation aux moyens de nullité de l'acte; c'est donc cet *acte annulable* qui devient valable et produit ses effets. Ainsi, par exemple, un mineur a vendu sa maison à Paul, et après sa majorité il vend la même maison à Pierre, puis il ratifie la première vente. Paul en est propriétaire. On oppose à cette solution la disposition finale de l'article 1338 portant que la confirmation ne peut pas préjudicier aux droits des tiers. Mais vainement. Car celui qui use de son droit ne lèse personne. Le mineur, arrivé à la majorité, a *le droit* de ratifier, et nul autre que lui ne peut invoquer la nullité de l'acte passé en minorité. Si celui qui avait intérêt à faire annuler l'acte passé par le mineur avait agi en nullité, exerçant les droits de son débiteur en vertu de l'article 1166 du code civil, *avant* la confirmation, la confirmation postérieure ne pourrait pas lui enlever ce *droit*. Voilà en quel sens la ratification ne peut pas porter préjudice aux *droits* des tiers. Et, qu'on l'observe bien, la loi dit que la confirmation ne peut pas nuire aux *droits* des tiers; elle ne dit pas qu'elle ne peut nuire à l'*intérêt* des tiers, ou *aux tiers*. La rédaction de l'article 1338 à la fin diffère essentiellement de celle de l'article 337 du code, d'après lequel la reconnaissance faite pendant le mariage, par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne *nuira ni à celui-ci*, ni *aux enfants* nés de ce mariage. (Voy. *Contrà*, Larombière, art. 1338, nos 51-58.)

Une autre application de la règle de la rétroactivité se présente dans le régime hypothécaire. (Voy. *infrà*, au titre *des Hypothèques*.)

La ratification peut donc préjudicier aux *intérêts*, non au *droit* des tiers. Elle préjudicierait au droit du tiers, par exemple dans le cas suivant : quelqu'un a cautionné une dette nulle pour cause de violence. La caution ignore cette cause de nullité. Le débiteur principal confirme l'obligation ; ici la confirmation a lieu au préjudice des *droits* d'un tiers, puisque la caution peut opposer toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal (art. 2036, alin. 1).

SECTION II.

DE LA PREUVE TESTIMONIALE (art. 1341-1348).

I. INTRODUCTION HISTORIQUE ET NOTIONS GÉNÉRALES.

374. D'après le droit romain et l'ancien droit français, la preuve par témoins était admise en toutes matières. « *Témoins passent lettres* », dit Loysel (*Institutes coutumières*, n° 774). La loi 15, C., *De fide instrumentorum*, 4, 21, décide que l'autorité des titres et des témoins est égale en justice.

« Anciennement en France », dit le commentateur de Loysel, « sous la première, la seconde, et même la troisième race de nos rois, pendant quelques siècles, il y avait si peu de gens qui sussent écrire, qu'on passait souvent les contrats en cour d'église, par-devant les officiaux, selon le chapitre 60 de la loi des Bavarois. Quand on ne trouvait personne pour rédiger les contrats, on les faisait verbalement en présence de témoins, entre lesquels on mettait toujours un nombre de jeunes enfants, auxquels on donnait des soufflets, ou à qui on tirait les oreilles, afin qu'ils s'en souvinssent aux temps à venir. » (Voy. Loysel, édit. de Dupin et Laboulaye, liv. V, tit. V; et *Belgique judiciaire*, t. 18, 253.)

Toutefois déjà les anciennes coutumes contiennent différents adages sur l'incertitude de la preuve testimoniale, surtout de

celle qui se fait par ouï-dire. « Il y a entre les proverbes ruraux, que *fol est qui se met en enqueste;* car, le plus souvent, *qui mieux abreuve, mieux preuve* », dit Loysel, n° 770. « Ouïr dire va par ville; en un muid de cuider (croire), il n'y a point plein poing de scavoir »; ou bien : « En un mui de quidance, n'a plain pot de sapience. » (Le même, n° 771.) « Un seul œil a plus de crédit que deux oreilles n'ont d'audivi. » (Le même, n° 772.) « Voix d'un, voix de nun (*Testis unus, testis nullus*). » (Le même, n° 779.)

375. L'article 54 de l'ordonnance de Moulins, du mois de février 1566, ordonnait que « de toutes choses excédant la somme ou valeur de 100 livres, pour une fois payée, seraient passés contrats par-devant notaires ou sous seing privé, par lesquels contrats seulement la preuve desdites matières serait reçue, et qu'aucune preuve par témoins ne serait reçue outre le contenu du contrat, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit ou convenu avant, lors et depuis le contrat. »

Cette disposition fut répétée par l'ordonnance de 1667 sur la procédure, t. XX, art. 2, dont l'article 1341 du code civil est à son tour la reproduction, sauf la substitution de la somme de 150 francs à celle de 100 francs. Les dispositions des articles 1342-1346 du code sont des précautions, prescrites par l'ordonnance de 1667 ou introduites par l'ancienne jurisprudence, à l'effet d'empêcher que la règle fondamentale sur la preuve testimoniale ne soit éludée.

376. Les véritables motifs qui ont déterminé le législateur à faire ces dispositions sont moins la mauvaise foi des hommes et l'infidélité des témoins, que la facilité de tomber dans des erreurs, les nombreuses divergences que l'on rencontre souvent dans les récits du même fait, attesté par plusieurs personnes, ensuite l'incertitude des conventions, surtout après un certain nombre d'années, le défaut de stabilité des propriétés et la multiplicité des procès qui devait en résulter. (Exposé de motifs, n° 210; rapport au Tribunat, n° 26, Locré, XII, 407, 525.) Dans l'exposé de motifs, Bigot-Préameneu signale déjà l'inconséquence apparente, souvent reprochée au code, qu'il y a à condamner en matière criminelle sur les dires des témoins, tandis qu'on n'admet pas leurs dépositions en matière civile. Il l'explique par

la nécessité et par l'impossibilité de constater autrement les crimes et délits qui, le plus souvent, se commettent dans les ténèbres.

377. On dit que, d'après l'esprit du code, la preuve testimoniale, pour toute matière excédant 150 francs, doit être considérée comme l'exception, la défense de cette preuve comme la règle. Cela est vrai ; mais il ne faut pas en induire la conséquence que les exceptions de cette règle sont de stricte interprétation. Les exceptions sont très-nombreuses, et elles sont des applications d'une autre règle; de telle sorte que les deux règles, celle qui proscrit la preuve testimoniale et celle qui l'admet dans beaucoup de cas, doivent être considérées comme deux dispositions *coordonnées*, dont chacune doit être interprétée d'après le principe qui lui sert de base.

378. La loi ne prescrit pas dans quels cas la preuve testimoniale doit être considérée comme complétement administrée; cette question est abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge du fond.

379. La prohibition de la preuve testimoniale est-elle d'ordre public? Ou bien le juge peut-il l'admettre du consentement des parties, même dans les cas où la loi ne l'admet pas? Cette question est controversée, comme elle l'était déjà sous l'ancienne jurisprudence. (Voy. Dalloz, *Obligations*, nos 4614 et suiv.) Dalloz distingue. Il croit que les parties peuvent librement déroger à la défense de la preuve testimoniale écrite dans la loi, en ce qui concerne la preuve à faire d'une convention *antérieure;* mais il n'admet pas qu'elles le puissent en ce qui concerne la preuve d'une convention *future*. Cette dernière opinion a été admise par un arrêt de la cour de Caen du 30 avril 1860. (D., 1861, 2, 56.)

Il nous semble que le juge peut toujours l'admettre du consentement des parties, excepté dans les matières concernant l'ordre public, et sur lesquelles les parties ne peuvent pas transiger, par exemple code civil, art. 323, 325, 341. Car on ne voit pas pourquoi les parties ne pourraient pas faire dépendre la constatation d'un fait de la déposition sous serment d'un tiers, déposition dont le juge reste toujours souverain appréciateur, alors que la loi leur permet de faire dépendre la décision du procès du ser-

ment de l'une d'elles (du Serment *litisdécisoire*, art. 1358-1364). (Colmet de Santerre, n° 325 *bis*.)

380. Une espèce de la preuve testimoniale est la *preuve par commune renommée*. Elle consiste en ce que les témoins ne déposent pas seulement de faits dont ils ont personnellement acquis connaissance, d'après leur perception immédiate, mais qu'ils peuvent déposer aussi de simples *ouï-dire*, ou se borner à énoncer l'*opinion* qu'ils se sont formée, de quelque manière que ce soit, sur les faits en litige.

Cette preuve a un caractère tout à fait exceptionnel ; elle ne fait pas partie des moyens ordinaires de preuve. En général, elle n'est admise que pour établir la consistance d'un mobilier non inventorié contre celui qui était chargé d'en faire l'inventaire, et qui ne l'a pas fait, par exemple dans les cas des articles 1415, 1442, 1504, alin. 3; mais en pareille circonstance elle est toujours recevable, lors même que la loi ne l'aurait pas formellement autorisée par une disposition spéciale. (Zachariæ, § 761, notes 9-11.)

II. RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA PREUVE TESTIMONIALE.

381. *Première règle :* « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs » (art. 1341, alin. 1). A quels actes cette règle s'applique-t-elle ? La loi dit de *toutes choses*. Par ces termes, il faut entendre tout *acte juridique* dont l'objet excède la valeur de 150 francs. La disposition s'applique principalement aux actes renfermant *formation* ou *extinction d'une obligation* et qui sont l'œuvre de deux parties ; « aux faits obligatoires ou libératoires », dit Demante. (*Programme*, n° 827.)

Les faits purs et simples, c'est-à-dire les faits matériels de l'homme, qui par eux seuls ne font pas naître des droits et des obligations, mais qui peuvent devenir une source d'obligations ou de droits lorsqu'ils se rattachent à certains rapports juridiques, ne tombent pas sous cette disposition ; par exemple, les faits matériels constitutifs de la possession ou de la possession d'état (art. 321), les faits qui peuvent servir de base à une demande de divorce ou en séparation de corps ou de biens, l'inter-

ruption de la prescription par l'exercice d'une servitude, etc.

382. En ce qui concerne la *valeur*, il faut prendre en considération la *valeur* de la chose qui forme l'objet de l'acte juridique contesté, quelle que soit d'ailleurs la *somme* demandée (art. 1343 et 1344).

383. Pour déterminer la valeur de la chose, il faut tenir compte non-seulement du principal, mais aussi des prestations accessoires. Ainsi, la règle qui précède s'applique au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de 150 francs (art. 1342). Toutefois, si les intérêts n'étaient échus qu'*après* la demande, ils ne devraient pas être réunis au capital pour décider si la preuve testimoniale serait recevable ou non.

Pour décider si la preuve testimoniale est admissible ou non, il faut tenir compte des conséquences juridiques que la partie qui allègue le fait veut en tirer. Ainsi, par exemple, le débiteur peut prouver par témoins un payement partiel de moins de 150 francs, à l'effet d'établir sa libération partielle; mais le créancier ne pourrait pas prouver par témoins un payement par tiel de moins de 150 francs, comme un fait interruptif de la prescription d'une créance, ou comme fait confirmatif d'une obligation annulable (voy. n° 370) dont le montant excède 150 francs.

384. La loi veut qu'il soit passé acte de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs. La preuve testimoniale n'est donc pas admissible toutes les fois qu'au *moment de la conclusion de la convention,* la chose qui en était l'objet excédait cette valeur. De là il suit :

1° Que celui qui a formé une demande excédant 150 francs ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive (art. 1343). Car il y a eu originairement contravention à la règle qui prescrit de passer acte, et dès lors aucune partie de l'obligation n'est plus susceptible de la preuve par témoins;

2° Que la preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même moindre de 150 francs, ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit (art. 1344);

3° Que si la demande a été formée pour une somme de

150 francs seulement, et qu'il résulte des dépositions mêmes des témoins que l'obligation originaire était plus forte, la demande doit être rejetée comme n'étant pas justifiée. Car la preuve qui en aurait été faite dans ce cas serait contraire à la loi et devrait être considérée comme non avenue. (Toullier, t. IX, nos 45, 46.) Toutefois, cette question est controversée. Mais si l'on admet l'opinion qui déclare que, dans ce cas, la preuve testimoniale serait valable soit pour la totalité de la somme, soit seulement jusqu'à concurrence de 150 francs, le demandeur pourrait toujours éluder la règle de l'article 1344. Car il est évident qu'en présence d'une demande de 150 francs seulement, le défendeur ne peut pas repousser la preuve par témoins en disant que la dette est plus forte; ce serait faire un aveu qui entraînerait sa condamnation. Le fait que l'obligation originaire est plus forte ne pourra donc résulter que des dépositions des témoins, et, si le juge devait l'admettre, le demandeur aurait atteint son but, contrairement à la loi. (Larombière, art. 1341, n° 11.)

385. Si dans la même instance une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de 150 francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes et qu'elles se sont formées en différents temps (art. 1345). Cette disposition, qui est la reproduction de l'article 5 du titre XX de l'ordonnance de 1667, a pour but d'empêcher qu'on n'élude la règle de l'article 1341. Elle se justifie par le motif que les témoins ne méritent pas plus de foi sur la cause ou sur l'époque de la dette, que sur l'existence même de la dette. (Exposé de motifs, n° 209, Locré, XII, 406.) D'ailleurs, lorsque plusieurs créances réunies sont sur le point de former une somme excédant 150 francs, le créancier doit s'imputer de ne pas s'être procuré un titre écrit.

386. La règle qui précède n'est pas applicable lorsque les créances dont la réunion excède la somme de 150 francs procèdent par succession, donation ou autrement, de personnes différentes; par exemple si quelqu'un demande 250 francs, savoir 150 francs du chef d'une vente et 100 francs du chef d'un prêt que son père, dont il est l'héritier, a fait au défendeur (art. 1345).

Il faut comprendre aussi sous l'exception de la règle le cas où une personne, étant devenue créancière ou débitrice du chef d'une autre personne, le deviendrait ensuite pour son propre compte. L'article 1345 ne distingue pas. Par exemple, je suis, en qualité d'héritier de mon père, créancier de A d'une somme de 100 francs; je lui prête encore 100 francs; je puis prouver les deux créances par témoins.

Dans l'application de l'article 1345 il ne faut pas tenir compte des créances dont la loi admet la preuve testimoniale en vertu des articles 1347 et 1348. (Voy. *infrà*, nos 391-394.)

387. Toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit seront formées par un même exploit, après lequel les autres demandes, dont il n'y aura point de preuves par écrit, ne seront pas reçues (art. 1346).

Cette disposition est la sanction de l'article 1345. Elle a aussi pour but d'empêcher la multiplicité des procès, et est applicable dans le cas où les différentes sommes réunies n'excèdent pas 150 francs, ainsi que lorsque les diverses créances procéderaient de différentes personnes, et qu'elles se trouveraient réunies dans la même personne au moment où la première action est intentée, sauf à prouver alors par témoins celles qui n'excéderaient pas 150 francs. (Voy. *suprà*, n° 381.)

Mais la règle de l'article 1346 ne comprend pas les créances qui ne sont pas encore échues au moment où la première action est formée.

388. *Deuxième règle :* « Il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué *avoir été dit* avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs » (article 1341). Ce principe, qui se trouve dans le droit romain, L. 1, C., *De testibus*, 4, 20, et qui avait été repoussé par l'ancienne jurisprudence, a été rétabli par l'ordonnance de Moulins de 1566. Un acte rédigé dans le but de constater une convention, et dans lequel les parties sont censées avoir écrit toute leur volonté relativement à cette convention, mérite plus de confiance que les souvenirs incertains des témoins. Puisque les parties ont fait *par écrit* leur première convention, la loi présume qu'elles auraient aussi écrit les modifications. La convention qui modifie la première doit donc aussi être écrite.

389. Les faits qui ne sont pas susceptibles d'être prouvés par témoins sont ceux qui seraient *contraires* au contenu d'un acte, ou qui apporteraient des changements, modifications ou additions *au contenu de l'acte*. Mais on peut prouver par témoins, dans les limites de la première règle de l'article 1341, des faits juridiques d'*exécution* ou d'*extinction* des obligations créées par un acte écrit.

La preuve testimoniale contre ou outre le contenu d'un acte est encore admissible :

1° Lorsque la partie à laquelle cet acte est opposé l'attaque pour cause de violence, dol ou erreur ;

2° Lorsque cet acte est attaqué pour simulation ou fraude envers une personne ou pour fraude à la loi, surtout lorsque l'acte est attaqué par des tiers (Brux., 14 juin 1862, P., 1863, 113 ; Cass. fr., 22 mars 1875, D., 1876, 1, 24 ; Cass. fr., 28 août 1877, D., 1878, 1, 164.)

III. EXCEPTIONS AUX DEUX RÈGLES DE L'ARTICLE 1341.

390. Les deux règles de l'article 1341 cessent d'être applicables : 1° en matière commerciale (voy. le code de commerce) ; 2° lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (article 1347) ; 3° lorsqu'il a été impossible au créancier de se procurer une preuve littérale ; 4° lorsque le créancier a perdu son titre (art. 1348). Ici il ne sera traité que des trois dernières exceptions.

A. *Du commencement de preuve par écrit.*

391. On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué (art. 1347, alin. 2). La notion du commencement de preuve par écrit est plus large que la définition du texte. On appelle ainsi tout écrit émané de la personne à laquelle *on l'oppose*, ou de celui qu'elle représente ou de celui qui la représente, par exemple son mandataire (Cass. belge, 17 fév. 1873, P., 1873, 116), et qui rend vraisemblable le fait allégué.

Tout écrit quelconque peut être considéré comme commence-

ment de preuve par écrit, pourvu que celui auquel on l'oppose en soit l'auteur, et qu'il soit établi, soit par l'écriture même ou par la signature, que l'écrit est réellement l'œuvre de cette personne. Il suffit que l'*écrit* émane de cette personne, quand même il ne serait pas signé, ou que l'écrit soit *signé* de cette personne, quand même il émanerait d'une autre. Si l'écriture est méconnue par celui auquel on l'oppose, il peut y avoir lieu à une vérification d'écriture, à moins que l'acte ne soit authentique sans signature, par exemple un interrogatoire sur faits et articles.

392. La définition que le code fait du commencement de preuve par écrit est restrictive, en ce sens qu'un écrit qui *n'émane pas* de la personne à laquelle on l'oppose, ou de celui qu'elle représente ou par lequel elle est représentée, ne peut pas valoir comme tel. (Zachariæ, § 764, note 29.)

La question de savoir si l'écrit doit être légalement considéré comme émanant de la personne à laquelle on l'oppose, est une question de droit; celle de savoir si le fait allégué est vraisemblable, est une question de fait.

B. *De l'impossibilité de se procurer une preuve littérale.*

393. Les règles prohibitives de la preuve testimoniale reçoivent encore exception, toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui (art. 1348, alin. 1).

Le principe général se trouve énoncé dans cette disposition. Le juge du fond apprécie souverainement si cette impossibilité a existé ou non.

Cette disposition s'applique :

1° Aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits (art. 1348, n° 1).

Toutefois, elle ne s'applique pas à l'obligation résultant de la réception de l'indu (art. 1376 et suiv.), parce que celui qui a fait le payement a pu se procurer une preuve littérale en demandant quittance. Mais s'il avait, par erreur, payé une dette d'autrui, il pourrait prouver par témoins, contre le véritable débiteur, l'existence de cette dette, si le créancier en avait supprimé le titre par suite du payement (art. 1377).

On ne pourrait pas non plus prouver par témoins un délit consistant dans la violation d'un contrat, par exemple l'abus d'un dépôt, lorsque l'existence même de ce contrat devait être prouvée et n'a pas été prouvée par écrit.

2° La disposition de l'article 1348, alin. 1, s'applique aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait (art. 1348, n° 2). Cette exception ne s'applique pas à la remise des objets faite aux voituriers; car c'est là un contrat de louage d'ouvrage, qui peut se prouver par écrit.

3° Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit (art. 1348, n° 3). La faculté, laissée aux juges, d'apprécier la qualité des personnes et les circonstances du fait ne se restreint pas aux cas prévus sous le n° 2 ci-dessus : elle a lieu dans tous ces cas ci-dessus énumérés.

L'article 1348 n'est pas restrictif. Les cas énumérés sous les n°s 1, 2 et 3 ne sont que des exemples. La jurisprudence admet aussi les impossibilités morales.

L'erreur, la violence, le dol, la simulation et toute fraude à la loi peuvent toujours être prouvés par témoins (art. 1353).

C. *Du cas de perte de la preuve littérale.*

394. La preuve testimoniale est admissible dans le cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure (art. 1348, n° 4), ou bien lorsque le débiteur a perdu le titre de sa libération.

Le créancier doit prouver trois choses : 1° le cas fortuit; 2° la perte du titre et 3° la teneur du titre perdu. La preuve de la perte du titre peut, suivant les circonstances, se confondre avec la preuve du cas fortuit.

La disposition de l'article 1348, alin. 4, s'applique aussi au cas où le titre a été supprimé par suite d'un délit (arg. art. 198).

Si l'acte juridique, dont on veut établir l'existence par témoins, exigeait certaines formalités solennelles, il faut aussi faire la

preuve que le titre perdu, par exemple, d'une donation, contenait ces formalités.

SECTION III.

DES PRÉSOMPTIONS (art. 1349-1353).

NOTION ET DIVERSES ESPÈCES DE PRÉSOMPTIONS.

395. La présomption est une conséquence tirée d'un fait connu à un fait inconnu. « Sous ce rapport, toutes les preuves judiciaires ne sont, à le bien prendre, que des présomptions; car c'est toujours par des conséquences tirées d'un fait qui est sous leurs yeux, que les juges arrivent à reconnaître celui qui s'est passé en leur absence. Mais la présomption, dans le langage du droit, diffère de la preuve, en ce qu'elle est la conséquence tirée d'un fait qui n'avait pas spécialement pour objet d'établir la vérité de l'autre fait qu'elle sert à reconnaître ». (Demante, *Programme*, nº 838.)

396. La présomption est *légale* lorsque c'est la loi elle-même qui tire des conséquences d'un fait connu; elle est appelée présomption *de l'homme*, ou *de fait*, ou présomption *simple*, lorsqu'il est abandonné à la prudence du magistrat de tirer ces conséquences (art. 1349, 1350, alin. 1).

I. DES PRÉSOMPTIONS ÉTABLIES PAR LA LOI.

A. *Caractère général des présomptions légales et diverses espèces*.

397. Pour qu'il y ait une présomption *légale*, c'est-à-dire nécessité pour le juge d'admettre une conséquence déterminée, attachée à un fait connu, il faut une disposition *spéciale* de la loi. Ces présomptions sont donc de stricte interprétation, et ne peuvent pas être étendues d'un cas à l'autre.

Les présomptions citées dans l'article 1350 du code ne sont que des exemples; la loi en établit beaucoup d'autres dans les différentes matières qu'elles concernent.

398. L'effet commun de *toutes* les présomptions légales, c'est de dispenser de toute preuve celui au profit duquel elle existe (art. 1352, alin. 1). Celui qui invoque en sa faveur une présomption légale doit prouver le *fait connu* sur lequel elle est fondée; mais il ne doit pas établir l'*exactitude* de la *conséquence* que la loi tire de ce fait.

399. En règle, la preuve contraire est admissible contre les présomptions légales; c'est-à-dire, la partie contre laquelle une présomption légale est invoquée, peut prouver, que, dans l'espèce particulière dans laquelle on se trouve, la conséquence tirée par la loi d'un fait connu n'est pas exacte.

400. En prenant pour base l'admissibilité de la preuve contraire, on distingue *deux* espèces de présomptions légales :

1° Les présomptions légales absolues (*præsumptiones juris et de jure*); ce sont celles qui *excluent* toute preuve contraire; et 2° les présomptions légales simples (*præsumptiones juris vel juris tantum*), contre lesquelles la preuve contraire est admise.

Les présomptions légales simples font la règle; les présomptions absolues, l'exception.

401. 1° Quelles sont les présomptions légales *absolues* qui excluent la preuve contraire? La loi ne les énumère pas toutes; les articles 1350 et 1352 n'en énoncent que quelques exemples, et l'on ne saurait pas donner une formule générale qui les comprenne toutes.

L'article 1352 range parmi les présomptions absolues :

a. Celle sur le fondement de laquelle la loi déclare nuls certains actes, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité (art. 1350, n° 1), parce que « la *qualité seule* des actes suffit pour faire présumer qu'ils ont été faits en fraude des dispositions de la loi ». (Exposé de motifs, n° 215, Locré, XII, 410.) Par exemple, la donation faite au père d'un incapable est déclarée nulle, sur le fondement que la loi répute ce père personne interposée de l'incapable (art. 911). (Rapport au Tribunat, n° 32, Locré, p. 533.) Il en serait de même de la donation faite aux enfants et descendants ou à l'époux de la personne incapable (art. 911). Nulle preuve n'est admise pour établir que, dans une espèce particulière, la présomption ou la conséquence de la loi n'est pas exacte, qu'il n'y a pas interposition

de personne et que la donation est directement destinée au donataire appelé. La loi ne fait aucune réserve de la preuve contraire (arg. art. 1352). Pourquoi aucune preuve n'est-elle admise contre la présomption de la loi lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle *annule* certains actes ? La loi en donne implicitement la raison dans l'article 1350, n° 1, par les mots : d'*après leur seule qualité*. Les faits qui donnent naissance à cette présomption ont un caractère tel, que l'expérience a toujours démontré qu'ils renferment une fraude. La généralité de cette observation est tellement grande et forte que si, dans un cas donné, quelqu'un voulait prouver le contraire, on pourra presque assurer d'avance que cette preuve n'aura pas de résultat, ou bien qu'elle sera *fausse*, de sorte que celui qui voudrait prouver qu'il n'y a pas de fraude commettrait un mensonge, ou une seconde fraude par cette preuve même.

b. Celle résultant de l'autorité de la chose jugée (art. 1350, 3). (Voy. *infrà*, nos 404-419.)

c. Celle sur le fondement de laquelle la loi refuse une action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire (art. 1352). Celui contre lequel l'action est alors intentée peut la repousser par une exception péremptoire. Une présomption absolue de cette espèce résulte de la chose jugée, ou bien de la remise du titre original sous signature privée (art. 1282). (Voy. *suprà*, n° 228.) Une présomption simple, qui admet la preuve contraire, résulte de la remise volontaire de la grosse du titre d'une dette (art. 1283).

402. Après avoir dit que nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, l'article 1352 ajoute : « *et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires* ». Le sens de ces mots est celui-ci : quelle que soit la présomption légale, elle ne forme pas obstacle à l'efficacité de l'aveu du fait contraire, ni à la délation du serment litisdécisoire sur ce fait (art. 1358), pourvu qu'il ne s'agisse pas d'affaires d'ordre public, dans lesquelles l'aveu est inopérant et la délation de serment inadmissible, par exemple de la vérité de la chose jugée. Ainsi, par exemple, le créancier a remis au débiteur l'original de l'acte sous seing privé

constatant la dette (art. 1282). Si le débiteur avouait qu'il n'avait pas payé la dette, il devrait être condamné à la payer ; ou bien, le créancier aurait le droit de déférer au débiteur le serment litisdécisoire sur le point de savoir si cette remise avait été réellement faite dans le but de le libérer. (Zachariæ, § 750, notes 10 et 11 ; Duranton, t. XIII, n° 414, 415 ; Marcadé, art. 1352, n° 3.)

403. 2° Toutes les présomptions qui n'ont pas été déclarées absolues par la loi sont des présomptions simples et admettent la preuve contraire. Elles forment la règle. L'article 1350 n'en contient que quelques cas, tels que la propriété résultant de certaines circonstances ; par exemple de ce qu'un mur sert de séparation à deux héritages (art. 653, 654) ; ou bien la force que la loi attache à l'aveu d'une partie (art. 1350, n° 3). Quant au serment litisdécisoire, il est cité ici à tort ; car c'est moins parce que la loi y attache une *présomption de vérité*, que parce qu'il a la nature d'une *transaction*, qu'il met un terme définitif à la contestation.

Parmi ces présomptions, il y en a contre lesquelles la preuve contraire n'est admise que dans certains cas et par certains moyens de preuve, par exemple la présomption de paternité de l'article 312. (Voy. t. I, nos 503 et suiv.)

B. *Spécialement de l'autorité de la chose jugée* (art. 1350, 1351).

404. Il y a chose jugée lorsqu'une contestation est décidée par un jugement qui n'est plus susceptible d'être attaqué par une voie de recours. Si une contestation a été décidée par un jugement inattaquable, elle ne peut plus être de nouveau portée devant les tribunaux. La partie qui renouvellerait cette contestation pourrait être repoussée par l'exception de *chose jugée*, c'est-à-dire par l'exception que le différend a été terminé. Pour que cette exception puisse avoir lieu, il faut que la contestation *terminée* par jugement et celle *renouvelée* soient *la même*.

La chose jugée résulte seulement du *dispositif* du jugement, non de ses motifs, quelle que puisse être l'opinion qui s'y trouve énoncée sur le point en contestation. Toutefois, cette règle ne fait pas obstacle à ce que le dispositif même doive souvent recevoir son explication et sa détermination par les motifs. Pour

décider s'il y a chose jugée, il faut souvent consulter la rédaction et la forme du jugement. (Voy., par ex., n° 251.)

Il faut examiner ici deux points : 1° quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait chose jugée; 2° quels en sont les effets.

1. CONDITIONS REQUISES POUR QU'IL Y AIT CHOSE JUGÉE.

405. Pour qu'il y ait chose jugée, il faut la réunion de quatre conditions. Il faut : 1° que la chose demandée soit la même; 2° que la demande soit fondée sur la même cause; 3° que la demande soit entre les mêmes parties et 4° formée par elles et contre elles en la même qualité (art. 1351).

406. Il faut donc : 1° *que la chose demandée soit la même*, c'est-à-dire que la demande ou l'exception ait pour objet la même chose corporelle, la même quantité, ou le même droit, que ceux sur lesquels il a été statué par un jugement précédent. Toutefois la condition d'*identité de la chose demandée* n'a pas un caractère essentiel. L'objet et la quantité sont dans bien des cas, et notamment dans toutes les actions *in personam*, des éléments purement accidentels du rapport juridique que l'on poursuit en justice. Ce rapport peut être le même malgré la diversité des quantités ou objets demandés, par exemple dans une obligation alternative dans laquelle le créancier a le choix; ou bien dans d'autres obligations on peut demander la chose même qui fait l'objet du contrat, ou bien des dommages-intérêts pour cause d'inexécution. D'un autre côté, des rapports essentiellement distincts peuvent se rapporter à des objets ou quantités identiques; par exemple on peut plusieurs fois devoir une somme de 1,000 francs de chefs différents. (Maynz, *Éléments de droit romain*, § 69, notes 22, 23.)

Une chose peut être considérée comme *la même*, bien qu'elle ait subi des changements, par exemple par l'alluvion. De même le jugement rendu sur la demande de la totalité forme chose jugée contre la demande d'une partie du même objet (*in toto et pars continetur*). Mais le jugement qui a statué sur la demande d'une partie ne forme pas chose jugée contre la demande qui a pour objet la totalité de cette chose. Les accessoires, par exemple les fruits et produits de la chose, doivent être considérés comme formant un seul et même objet avec le principal. Pour

pouvoir décider si la chose est la même, il faut souvent examiner la *cause*.

La demande d'une servitude réelle ou personnelle (par exemple de l'usufruit) n'a pas pour objet la même chose que la demande de la pleine propriété. Le jugement statuant sur une demande d'intérêts ne forme pas chose jugée contre la demande du capital, à moins que la demande n'ait été rejetée parce que la créance n'existait pas ou était éteinte.

407. 2° *Il faut que la demande soit fondée sur la même cause.* On entend ici par *cause* le fait juridique qui a donné naissance au droit réclamé, le fait qui est le principe générateur de ce droit. Il ne faut pas confondre la *cause* avec les *moyens* par lesquels on fait valoir la demande. La loi exige l'identité de la cause et ne tient aucun compte de la diversité des moyens.

408. Celui qui a demandé la nullité d'une convention pour cause d'absence d'un consentement valable, en invoquant spécialement la violence, pourrait-il, après avoir succombé, intenter encore la même demande, en la fondant sur le dol ou l'erreur?

Suivant Zachariæ (§ 769, note 11, et Marcadé, art. 1351, n° VI), il ne le pourrait pas; parce que ces différents vices du consentement seraient des *moyens* à l'appui de la même demande, plutôt que des causes différentes. Cette opinion nous paraît trop absolue. Il faut plutôt distinguer si les différentes causes *ont été* ou *non* introduites en justice pour fonder la demande. Dans le premier cas, il y a chose jugée; dans le second, non. Car l'erreur, le dol et la violence sont des *causes* diverses de nullité des conventions, bien qu'on puisse les comprendre sous le nom générique de vices de consentement. Les articles 1110 à 1116 les considèrent comme des causes diverses de nullité. Cette distinction nous paraît d'autant plus nécessaire, que l'action en nullité, fondée sur chacune de ces causes, peut avoir un point initial différent, aux termes de l'article 1304, alin. 2. (Voy. *suprà*, n°s 286-289.)

409. Lorsque *deux actions découlent d'une même cause*, le jugement intervenu sur l'une d'elles forme chose jugée à l'égard de l'autre, quand même cette dernière serait plus étendue, ou qu'elle serait formée dans un but différent. Par exemple, celui qui a succombé dans une revendication de certains immeubles

réclamés comme faisant partie d'une succession à laquelle il est appelé, ne peut plus réclamer ces immeubles par la pétition d'hérédité. Mais il n'en est pas ainsi lorsqu'une personne a, relativement au même objet, *deux actions fondées sur des causes différentes ;* par exemple le propriétaire qui a succombé dans la demande de restitution d'un immeuble en vertu d'un bail peut encore agir par la revendication.

410. Dans les actions réelles, il faut distinguer si la demande a été formée *avec* ou *sans* indication de la cause. Dans le premier cas, le jugement intervenu ne forme pas chose jugée contre une nouvelle demande fondée sur une *autre* cause ; dans le second cas, le jugement intervenu a l'effet de la chose jugée à l'égard de toutes les autres demandes qui pourraient être fondées sur d'autres causes. (Fr. 14, § 2 et fr. 11, §§ 1, 2, 4, 5, D., *De except. rei judic.*, 44, 2 ; voy., sur cette question en droit romain et sur l'interprétation des textes, Maynz, *Cours de droit romain*, 4[e] édit., § 69, note 30.) C'est ainsi que plusieurs auteurs concilient les textes divergents du droit romain sur cette question controversée. La doctrine que nous émettons est celle de l'ancien droit que le code a implicitement consacrée en exigeant l'identité de la cause. Aucune disposition n'oblige le demandeur en matière réelle à faire valoir simultanément tous ses titres.

Ainsi, par exemple, si la demande en pétition d'hérédité *ab intestat* a été rejetée, elle peut être intentée en vertu d'un testament. Si une action en revendication d'une chose léguée a été rejetée comme fondée sur un testament nul, elle peut être intentée de nouveau en vertu d'un autre testament valable, antérieur ou postérieur au premier.

411. 3° *Il faut que la demande soit entre les mêmes parties.* De même que les conventions (art. 1165, et *suprà*, n° 47), les jugements n'ont l'autorité de la chose jugée qu'entre les parties qui sont juridiquement les mêmes que celles entre lesquelles il a été rendu. (L. 2, C., *Quibus res jud. non nocet*, 7, 56 ; fr. 63, D., *De re judicatâ*, 42, 1.) Cette règle s'applique activement et passivement, non-seulement aux matières dans lesquelles différentes personnes peuvent avoir un intérêt ayant le même fondement juridique, par exemple entre plusieurs cohéritiers ou plusieurs copropriétaires, ou codébiteurs ou cocréanciers d'une chose ou

d'une dette commune, mais aussi aux jugements qui statuent sur des questions d'état (t. I, nos 542 et 570) et aux jugements qui attribuent une qualité quelconque à l'une des parties, par exemple la qualité de commerçant, la qualité d'héritier pur et simple (art. 800), la qualité de femme commune en biens (art. 1459).

412. 4° Pour que les parties soient les mêmes, il faut que, dans un premier procès, elles aient personnellement figuré ou qu'elles aient été représentées par ceux qui y ont figuré, et qu'elles procèdent de nouveau *en la même qualité*. Les héritiers et successeurs à titre universel sont représentés par leur auteur quand même ils n'auraient accepté la succession que sous bénéfice d'inventaire.

L'héritier apparent représente la succession; l'administrateur ou le mandataire légal (tuteur, mari, envoyé en possession provisoire, gérant de société anonyme, administrateur d'une commune, etc.), représente celui dont il administre les biens; le grevé de substitution représente les appelés.

Ainsi donc, il peut y avoir *diversité juridique* des personnes, malgré leur *identité physique;* par exemple, quelqu'un agit d'abord en nom personnel, puis en qualité de tuteur d'une autre personne, ou bien il agit de nouveau en qualité d'héritier d'un autre. De même, il peut y avoir *identité juridique,* malgré la diversité physique, par exemple si l'héritier soulève de nouveau un procès décidé contre son auteur.

Au surplus, lorsque la demande est intentée par la même personne en une autre qualité, elle est ordinairement fondée sur une autre cause.

413. Quant au successeur à titre particulier, il est censé avoir été représenté par son auteur lorsque son titre d'acquisition est postérieur à l'introduction de l'instance liée avec son auteur, ou lorsque ce titre n'a produit de l'effet à l'égard du tiers qu'après que l'instance avait été introduite. (Cass. belge, 11 juin 1863, B, J., t. 21, 839; P., 1863, 205; Brux., 20 février 1864, P., 1864, 361.) C'est pour cette raison que l'acquéreur n'a pas qualité pour intervenir dans une instance d'appel soutenue par son vendeur, lequel le représente. (Brux., 26 fév. 1868, B. J., t. 26, 1505; P., 1868, 151). En sens *contraire*, Liége, 12 fév. 1879, B. J., t. 37, 305, qui décide que la résolution de l'acte d'acqui-

sition de la propriété prononcée contre le débiteur a force de chose jugée contre le créancier hypothécaire. Il faut en dire autant en ce qui concerne le créancier hypothécaire ou privilégié, l'acquéreur d'un usufruit ou d'une servitude. Ainsi, par exemple, quelqu'un a vendu ou donné un immeuble revendiqué par un tiers. L'acte de vente ou de donation n'a reçu date certaine, ou n'a été transcrit que depuis l'introduction de la demande en revendication; le jugement rendu entre le revendiquant et le vendeur ou le donateur peut être opposé à l'acheteur ou au donataire.

De même le jugement rendu contre le cédant et qui déclare éteinte la créance cédée peut être opposé au cessionnaire dont le transport n'avait pas encore été signifié ou accepté au moment de l'introduction de l'instance. (Zachariæ, § 769, 3°.)

Si l'instance a été engagée depuis l'acquisition, quand même elle aurait été connue de l'acquéreur, ce dernier n'est pas censé avoir été représenté par le vendeur par cela seul qu'il est resté inactif, à moins que l'acquéreur n'ait dirigé le procès dans son propre intérêt sous le nom du vendeur.

L'acquéreur peut invoquer la chose jugée favorable au vendeur en vertu d'une cession, qu'il peut se faire faire, des droits résultant du jugement.

414. Les créanciers chirographaires, qui veulent faire valoir les droits de leur débiteur, ont été représentés par lui dans tous les procès qui ont eu lieu entre ce dernier et les tiers; ils peuvent donc invoquer les jugements qui ont été rendus en sa faveur (art. 1166), et ils peuvent, en vertu d'un droit qui leur est propre, attaquer par la tierce opposition les jugements qui ont été prononcés contre lui par fraude ou par collusion. (Voy. *suprà*, n° 93.)

415. La caution n'est pas liée par le jugement intervenu entre le créancier et le débiteur principal, si ce jugement est défavorable à ce dernier; mais elle peut l'invoquer, s'il lui est favorable (art. 2036).

La première de ces thèses est controversée; mais elle doit être admise. Car, de même qu'une convention, par exemple, une transaction entre le débiteur principal et son créancier ne pourrait pas être opposée à la caution, de même le jugement inter-

venu entre ces personnes est chose tierce pour cette dernière. (Laurent, XX, n° 119. *Contrà*, Gand, 27 déc. 1878; B. J., t. 37, 184 et la note.)

Quant au jugement intervenu au *profit de la caution* contre le créancier, il peut être invoqué par le débiteur principal, pourvu qu'il porte sur l'*existence même* de la dette et non sur le fait du cautionnement, ni sur une exception personnelle à la caution (arg. art. 1365, alin. 5 et 6). Mais le jugement prononcé *contre* la caution ne peut pas être opposé au débiteur principal.

416. Le jugement rendu contre l'un des débiteurs solidaires ne nuit pas aux autres et ne peut leur être opposé, pas plus qu'une convention relative à la dette, faite entre le créancier et l'un des débiteurs, ne pourrait nuire aux autres. (Zachariæ, § 769, note 42.) La question est très-controversée. (*Contrà*, Dijon, 28 déc. 1871, D., 1872, 2, 195.)

Mais le jugement obtenu par l'un des codébiteurs solidaires peut être invoqué par les autres et forme chose jugée à leur profit dans les cas suivants : 1° s'il a été rendu par suite de son serment déféré sur l'existence même de la dette (art. 1365, alin. 4); 2° sur la compensation qu'il a opposée (voy. *suprà*, n°s 127, 249); 3° sur la remise de la dette (art. 1285, alin. 1); 4° sur une exception résultant de la nature de la dette et commune à tous les débiteurs (art. 1208).

417. Le jugement rendu au profit d'un des *créanciers solidaires* peut être invoqué par les autres, si le débiteur n'a pas d'exception personnelle à leur opposer; car ils sont réciproquement mandataires les uns des autres pour le recouvrement (voy. *suprà*, n° 118). Mais le jugement rendu contre l'un des créanciers solidaires ne peut pas être opposé aux autres (arg. art. 1365, alin. 2, 1198). Ce dernier point est controversé. (Zachariæ, § 769, note 41.)

2. DES EFFETS DE LA CHOSE JUGÉE.

418. Dans l'intérêt de l'ordre public, et pour mettre un terme aux procès, la loi présume que tout ce qui est contenu dans le dispositif d'un jugement est vrai et juste. *Res judicata pro veritate habetur* (art. 1350 3°). C'est une présomption légale, absolue, qui n'admet pas la preuve contraire. (Fr. 207, D., *De regulis juris*,

50, 17; fr. 6, D., *De exc. rei jud.*, 44, 2.) Le jugement qui reconnaît un droit s'étend à tout ce qui est une conséquence immédiate et nécessaire de ce droit. Le jugement qui prononce une condamnation fait naître une action (*actio judicati*) ayant pour objet l'exécution de la condamnation. Cette action dure trente ans à partir du jugement. La chose jugée donne lieu à une exception ou réplique par laquelle peut être repoussée la demande ou exception nouvelle qui tendrait à remettre en question l'existence ou la non-existence du droit sur lequel le jugement est intervenu. L'exception de chose jugée peut être opposée aussi bien par la partie qui succombe que par la partie qui a obtenu gain de cause.

419. Toutefois, l'autorité de la chose jugée n'est pas absolue à l'égard de tout le monde. Elle n'a la présomption de vérité qu'entre les parties entre lesquelles le jugement a été rendu, et non à l'égard des tiers. *Res inter alios judicata alteri nec nocet nec prodest*. On peut comparer l'effet des jugements à l'effet des conventions. (Voy. *suprà*, 411.)

II. DES PRÉSOMPTIONS QUI NE SONT POINT ÉTABLIES PAR LA LOI (art. 1353).

420. Les présomptions qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes; et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol (art. 1353).

On les appelle présomptions de fait ou de l'homme. Le juge du fond est souverain appréciateur du nombre des présomptions nécessaire pour constituer la preuve, ainsi que de la question de savoir si les présomptions sont graves, précises et concordantes.

SECTION IV.

DE L'AVEU DE LA PARTIE (art. 1354-1356).

I. NOTION, DIVISION ET CONDITIONS REQUISES.

421. L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai, et comme devant être tenu pour avéré à son égard, un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. (Zachariæ, § 751.) L'aveu doit être sérieux et fait dans l'intention de dispenser la partie adverse de la preuve.

422. L'aveu est judiciaire ou extrajudiciaire (art. 1354, 1356, alin. 1). Pour que l'aveu ait le caractère de l'aveu judiciaire, il faut qu'il ait été fait dans l'instance même dans le cours de laquelle il est invoqué, ou au bureau de conciliation, et qu'il ait été fait dans une instance antérieure relative à la même contestation et consigné dans des actes de procédure ou dans le procès-verbal d'audience. (Larombière, sur l'art. 1356, n° 5; Brux., 14 juillet 1873, P., 1873, 392.) Il ne doit pas être accepté par la partie adverse. Le juge incompétent *ratione materiæ* est sans pouvoir pour constater un aveu. (Cass. fr., 19 déc. 1877, D., 1878, 1, 176; Cass. fr., 3 déc. 1878, D., 1879, 1, 23.)

L'aveu extrajudiciaire est celui qui se fait hors justice, soit dans une conversation, soit par une lettre missive, ou qui se trouve incidemment dans quelque acte qui n'a pas été passé exprès pour cela. (Pothier, n° 801.)

423. Bien que l'aveu ne soit pas la cause génératrice de l'obligation, il rend néanmoins plus mauvaise la position de celui qui l'a fait. C'est pour ce motif qu'il faut être capable de disposer de la chose qui fait l'objet de la contestation pour pouvoir faire un aveu à cet égard. Le mineur, l'interdit et la femme mariée non autorisée de son mari, et la personne placée sous conseil judiciaire ne peuvent pas faire un aveu valable. (Liége, 11 mars 1868, P., 1869, 175.) Les mandataires légaux ou conventionnels doivent avoir un pouvoir spécial pour faire un aveu qui lie leurs mandants (code de proc., art. 352).

Toutefois l'aveu judiciaire fait par un avoué sans mandat spé-

cial, ou par l'avocat de la partie, à l'audience et en présence de l'avoué, si ce dernier ne proteste pas de suite, est valable jusqu'à *désaveu*, parce qu'il est présumé n'avoir pas été fait légèrement.

II. DES EFFETS DE L'AVEU.

424. L'aveu, soit judiciaire soit extrajudiciaire, n'a aucun effet dans les matières d'ordre public, sur lesquelles il est défendu aux personnes de transiger, par exemple la partie défenderesse en matière de divorce, de séparation de corps ou de séparation de biens, ne peut pas être condamnée sur son aveu. Il en est de même dans tous les cas où la loi défend formellement la reconnaissance d'un fait; par exemple, on ne peut pas avouer une paternité ou une maternité adultérine ou incestueuse (art. 342).

A. *De l'aveu judiciaire.*

425. L'aveu judiciaire fait pleine foi, contre celui qui en est l'auteur, du fait qui en est l'objet, et la partie adverse est dispensée de prouver ce fait (art. 1350, n° 4, 1356, alin. 2). Toutefois la présomption qui résulte de l'aveu n'est pas absolue (*juris et de jure*). Il peut être rétracté, mais seulement pour erreur *de fait*, dont la preuve incombe à l'auteur de l'aveu. *Non fatetur qui errat.* Il ne peut être révoqué sous prétexte d'une erreur *de droit* (article 1356, alin. 4).

426. Pourquoi l'aveu ne peut-il pas être révoqué pour erreur de droit? Bigot-Préameneu, dans l'Exposé de motifs, n° 221, et Jaubert dans le second rapport au Tribunat, n° 36 (Locré, XII, 411 et 537), en donnent un motif qui n'est pas le véritable; ils disent que c'est parce que l'ignorance de droit ne doit être présumée ni excusée. Le code n'admet pas ce principe. (Voy. *suprà*, n° 15, et *infrà*, n° 468.) S'il l'admettait, aucun acte juridique ne devrait être rescindé pour cause d'erreur de droit, et la disposition de l'article 1356, alin. 4, ne serait qu'une application de cette règle générale. Les auteurs du code ont puisé ce motif dans Pothier, n° 800. Mais Pothier avait raison, parce qu'il écrivait sous l'empire du droit romain, qui, contrairement à ce que fait

le code, distinguait entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, en déclarant cette dernière inexcusable. (Demante, *Programme*, n° 847 ; Mourlon, *Répétitions écrites*, t. II, p. 750.)

Le vrai motif pour lequel l'aveu ne peut être révoqué pour erreur de droit, c'est parce que la circonstance que quelqu'un a *ignoré les effets juridiques* du fait dont il a reconnu l'*existence*, ne peut porter aucune atteinte à la force probante de la déclaration même qu'il a faite. L'existence du fait est indépendante des conséquences qu'il peut produire. (Larombière, sur l'art. 1356, n° 27.)

427. L'aveu ne peut être divisé contre celui qui l'a fait (articles 1356, alin. 3, 1330 et *suprà*, n° 339). L'indivisibilité de l'aveu consiste en ce que celui qui veut s'en prévaloir ne peut pas considérer comme prouvé ce qui lui est avantageux et rejeter ce qui lui est défavorable.

Sous le rapport de l'indivisibilité, on peut distinguer trois espèces d'aveux : l'aveu *pur et simple*, l'aveu *qualifié* et l'aveu *complexe*. Un aveu est *qualifié* lorsque le fait à prouver est avoué, mais sous certaines modifications qui en altèrent le caractère juridique ; par exemple, vous avouez avoir reçu une somme d'argent, non à titre de prêt, comme le prétend le demandeur, mais à titre de don ou de capital d'une rente constituée. L'aveu est *complexe*, lorsque quelqu'un avoue le fait à prouver, mais en articulant en même temps un autre fait, dont il résulterait une exception en sa faveur ; par exemple, quelqu'un avoue avoir reçu un prêt, mais il soutient l'avoir restitué. La règle de l'indivisibilité de l'aveu s'applique aux deux cas, mais à l'aveu complexe seulement lorsque le fait articulé à côté du fait principal se rattache à ce dernier comme une suite nécessaire ou naturelle. (Gand, 18 avril 1872, P., 1872, 321.) Par exemple : quelqu'un avoue avoir reçu une somme à titre de prêt, mais il prétend l'avoir remboursée ; c'est un aveu *complexe* indivisible. (Gand, 20 juin 1863, P., 1864, 222 ; Brux., 12 août 1867, P., 1868, 168.) Mais l'aveu ne serait pas indivisible dans ce cas-ci : le défendeur avoue avoir reçu une somme à titre de prêt, mais il déclare, en même temps, que cette dette est compensée par la dette du prix d'un cheval qu'il a vendu depuis au demandeur. (Jugement du tribunal de Malines du 22 fév. 1865, B. J., t. 24,

110; Liége, 26 déc. 1877, P., 1878, 312.) Ainsi on peut diviser un aveu qui contient tout à la fois une reconnaissance d'obligation et l'allégation que l'obligation a été annulée, lorsque cette prétendue annulation a été faite sans pouvoir par celui auquel on l'attribue. (Brux., 28 juillet 1868, B. J., t. 26, 1304; P., 1869, 307.)

428. Si la partie opposée à celle qui a fait l'aveu ne l'admet pas dans sa *totalité*, il est censé non avenu; donc, le demandeur doit alors prouver le fondement de son action, et le défendeur doit prouver sa libération ou son exception.

B. *De l'aveu extrajudiciaire.*

429. Il faut distinguer deux questions : 1° comment s'établit la preuve de l'aveu extrajudiciaire; 2° cette preuve établie, quelle en est la force probante?

430. 1° L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal *est inutile* toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible (art. 1355). « Si l'aveu est extrajudiciaire, il faut absolument qu'il soit par écrit. Il vaudrait autant admettre *directement* la preuve par témoins pour sommes et valeurs excédant cent cinquante francs que d'autoriser à prouver ainsi l'allégation d'un aveu verbal de la dette », dit l'Exposé de motifs, n° 220. (Rapport au Tribunat, n° 35; Locré, p. 411 et 535.)

L'aveu extrajudiciaire peut être prouvé par témoins s'il a pour objet des dettes n'excédant pas 150 francs.

431. 2° Le *fait de l'aveu même* étant établi, quelle en est la force probante? La loi n'a pas déterminé les effets de l'aveu extrajudiciaire; elle s'en est rapportée, sur la force probante et sur la rétractation de cet aveu, à l'appréciation du magistrat. Le juge peut, sans violer la loi, admettre ou rejeter le fait extrajudiciairement avoué, appliquer ou ne pas appliquer à l'aveu extrajudiciaire le principe de l'indivisibilité.

SECTION V.

DU SERMENT (art. 1357-1369).

NOTION ET ESPÈCES.

432. Le serment est un acte à la fois civil et religieux par lequel une personne prend Dieu à témoin de la vérité d'un fait ou de la sincérité d'une promesse, et l'invoque comme vengeur du parjure. (Toullier, t. X, n° 343.)

Le projet du code civil avait remplacé le serment par une simple *affirmation* judiciaire, et lui avait ainsi enlevé le caractère religieux. (Voy. projet, livre III, titre II, art. 252-265.) L'article 1781 est encore une trace de ce projet. Mais le rétablissement du terme *serment* et les discussions prouvent que les auteurs du code ont voulu lui conserver le caractère religieux et « appeler la religion au secours de la justice ». (Rapport de Jaubert au Tribunat, n°s 37 et 46, Locré, XII, 538, 541.)

433. On peut distinguer trois espèces principales de serment : 1° le serment *promissoire*, qui n'a pas d'importance pour le droit civil ; 2° le serment *décisoire* ou *litisdécisoire ;* c'est celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre la décision d'une contestation; 3° et le serment *supplétif*, qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties (art. 1357).

I. DU SERMENT DÉCISOIRE (art. 1358-1365).

A. *Notion et conditions requises.*

434. Lorsque deux parties ont une contestation, chacune est libre de faire dépendre l'abandon de sa prétention du serment de l'autre, c'est-à-dire de l'affirmation faite sous serment que la prétention élevée contre elle n'est pas fondée, ou que le fait qui en est la base n'est pas vrai. Ce serment peut être déféré par l'une partie à l'autre *extrajudiciairement* ou *en justice*. Dans l'un comme dans l'autre cas, la délation de serment a le même carac-

tère, celui d'une proposition de transaction. La partie qui défère le serment renonce à sa prétention *sous la condition* que l'autre jure que cette prétention n'est pas fondée. Si cette dernière prête le serment, la contestation est terminée. C'est pourquoi ce serment est appelé *décisoire* ou *litisdécisoire*.

La délation du serment litisdécisoire n'est donc pas un *moyen de preuve*, mais un mode d'extinction d'une obligation.

Entre la délation extrajudiciaire et la délation judiciaire du serment, il y a cette différence fondamentale, que le premier constitue une transaction purement volontaire, et qu'il peut être refusé par la partie à laquelle il est déféré, sans que ce refus entraîne aucune conséquence juridique, tandis que le second ne peut pas être impunément refusé. (Voy. n° 442.)

435. Les conditions requises pour la délation de ce serment sont relatives : 1° à la chose ou au fait qui en est l'objet; 2° aux personnes.

436. 1° Conditions relatives à la *chose.*

A. Du caractère transactionnel du serment litisdécisoire il résulte qu'il ne peut pas être déféré sur des contestations qui renferment un élément d'ordre public et sur lesquelles il n'appartient pas aux parties de transiger; par exemple, sur des faits auxquels se rattachent des questions d'état; en matière de divorce, de séparation de corps ou de biens. La rédaction de l'article 1358, en disant que « le serment peut être déféré *sur quelque contestation que ce soit* », est donc trop absolue.

437. *B*. Il ne peut être déféré que sur un fait *personnel* à la partie à laquelle on le défère (art. 1359). Car on ne peut jamais ignorer son propre fait, tandis qu'on n'est pas obligé de savoir le fait d'autrui. Par la même raison, le serment ne peut être *référé* quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des *deux parties*, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré (art. 1359 et 1362).

Celui à qui le serment *ne peut pas être référé*, par le motif que le fait qui en est l'objet ne lui est pas personnel, n'en est pas moins recevable à déférer le serment à la partie adverse, si le fait est personnel à cette dernière. Les anciens jurisconsultes étaient en désaccord sur ce point. (Pothier, n° 821.)

Bien que le serment ne puisse être déféré que sur un fait per-

sonnel à la partie à laquelle on le défère, il a toujours été admis, dans l'ancien droit et sous le code, que l'on peut déférer à la veuve et aux héritiers et successeurs universels d'une personne décédée le serment sur le point de savoir s'ils ont ou non connaissance d'un fait du défunt. Ce serment est appelé *serment de crédulité* (arg. art. 2275 et de l'art. 189 du code de commerce). (Pothier, n° 819; rapport au Tribunat, n° 39, Locré, p. 539; Zachariæ, § 753, note 14; Larombière, sur l'art. 1359, n° 11.)

438. *C*. Le serment peut être déféré, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (art. 1360). Par cette disposition, le code a décidé la controverse soulevée sur ce point par les anciens auteurs. (Pothier, n° 820.)

D'un autre côté, le serment peut aussi être déféré sur un fait légalement prouvé, par exemple par un acte authentique. Mais il ne peut pas être déféré sur la vérité des faits *passés en présence de l'officier public et attestés par lui*. Car ce serait attaquer la véracité de l'officier public, ce qui ne peut se faire que par le moyen de l'inscription en faux. (Voy. *suprà*, n° 309.)

439. *D*. Le serment ne peut être déféré que sur des faits relevants et décisifs, de nature à entraîner la décision de la cause, par l'admission de la demande ou de l'exception qui en fait l'objet. Jurisprudence constante. (Liége, 23 déc. 1841, P., 1842, 118; Bruxelles, 10 décembre 1860, B. J., t. 19, 545.) (Liége, 11 nov. 1865, P., 1866, 109; Brux., 27 juin 1872, P., 1873, 405.) Mais, pourvu que ce caractère existe, le serment peut aussi être déféré sur un incident.

440. 2° Conditions relatives aux *personnes*. La délation et l'acceptation du serment décisoire étant une *transaction*, il s'ensuit qu'il ne peut être déféré et accepté que par des personnes capables de disposer de leurs droits et de *transiger*. Ainsi, par exemple, il ne peut pas être déféré ni être accepté par un mineur, ni même par son tuteur. La délation faite par un incapable ne le lie pas; il peut se faire restituer; et la partie à laquelle il a été déféré par un incapable peut impunément refuser de le prêter. (Liége, 4 janv. 1873, P., 1873, 52.)

441. Lorsque toutes les conditions mentionnées aux n°s 436 à 440 se trouvent réunies, le serment peut être déféré *en tout*

état de cause (art. 1360); donc pour la première fois même en instance d'appel. (Pothier, n° 820.)

B. *Effets du serment décisoire.*

1. DE LA DÉLATION DU SERMENT.

442. Celui à qui le serment a été déféré peut prendre *trois* partis : le prêter, et il triomphera; le refuser, il succombera; ou le référer à l'autre partie. Il ne peut pas le refuser et continuer la contestation. Car l'autre partie ne peut pas lui faire une position plus belle que de le constituer en quelque sorte juge dans sa propre cause. C'est pourquoi les Romains considéraient comme honteux de ne pas vouloir prêter le serment ni le référer. *Manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle jurare nec jusjurandum referre* (fr. 38, D., *De jurejurando,* 12, 2).

La partie à laquelle le serment a été déféré peut le référer à son adversaire; car ce dernier n'a pas à se plaindre d'être placé lui-même dans la position dans laquelle il avait placé l'autre partie. Si celui à qui le serment a été référé refuse de le prêter, il succombera (art. 1361, 1362).

443. Le serment litisdécisoire ayant la nature d'une transaction, il s'ensuit que l'offre de le déférer peut être rétractée tant qu'elle n'a *pas encore été acceptée* par l'autre partie, mais que la partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter ni modifier le serment lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire le serment (art. 1364). (Brux., 11 avril 1865; B. J. t. 24, 91; P. 1866, 173). Car alors c'est une promesse acceptée qui forme une convention. (Voy. *suprà,* n° 10.)

Toutefois, si la délation du serment était le résultat du dol ou de la violence, elle pourrait être rétractée même après l'acceptation par l'adversaire, conformément aux principes généraux sur les conventions.

2. EFFETS DE LA PRESTATION DU SERMENT.

444. Celui qui a prêté le serment que lui a déféré ou référé son adversaire, doit triompher dans sa demande ou dans son

exception. La contestation est définitivement décidée en sa faveur, et l'adversaire n'est point recevable à prouver la fausseté du serment (art. 1363); c'est là une conséquence de sa nature transactionnelle.

Mais l'irrévocabilité du serment ne fait pas obstacle aux poursuites du ministère public. Celui qui a fait un faux serment déféré ou référé en matière civile sera puni de la dégradation civique (code pénal, art. 366).

En **Belgique**, d'après l'article 226 du code pénal de 1867, la peine est celle d'un emprisonnement de six mois à trois ans, et d'une amende de 26 francs à 10,000 francs; le coupable peut en outre être condamné à l'interdiction des droits civils énumérés dans l'article 31 du code pénal.

445. La prestation de serment peut toutefois être annulée pour dol et violence, comme toute autre transaction (art. 2057). Ainsi, le seul fait de la découverte de pièces décisives, retenues par celui-là même à qui le serment a été déféré ou référé, constitue un dol suffisant pour faire revenir, avant le jugement, sur le serment prêté. (Pothier, n° 825.)

446. De même que les autres conventions, la transaction qui se forme par la délation de serment n'a d'effet qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers et ayants cause (art. 1365, alin. 1, 1165). Néanmoins le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur libère celui-ci pour la part de ce créancier, même envers les autres créanciers; le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions; celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs; et celui déféré à la caution profite au débiteur principal. Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs, ou au débiteur principal, que lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement (art. 1365). Les motifs de ces diverses solutions ont été donnés *suprà*, nos 415-417.

II. DU SERMENT DÉFÉRÉ D'OFFICE (art. 1366-1369).

447. Il y a deux espèces de serments déférés d'office : 1° le serment *supplétif* ou *supplétoire* (*iuramentum* ou *jusjurandum sup-*

pletorium, ou *judiciale*); 2° le serment en plaids (*jusjurandum in litem*) (art. 1366).

A. *Du serment supplétif ou supplétoire* (art. 1366-1368).

448. Le serment supplétif est celui que le *juge* peut déférer à l'une ou l'autre des parties, sur la vérité du fait qui sert de base à la demande ou à l'exception, pour compléter sa conviction et pour en faire dépendre la décision de la cause (art. 1366). Ce serment est donc un véritable *moyen de preuve*, et non une transaction, comme le serment décisoire.

Les dispositions qui régissent cette matière ont été puisées dans le droit romain (fr. 31, D., *De jurejurando*, 12, 2 et l. 3, C., *De rebus creditis*,, 4, 1).

449. Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les *deux conditions* suivantes :

1° Il faut que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée. Si la demande ou l'exception est pleinement justifiée, le juge doit l'*adjuger* purement et simplement à la partie qui a satisfait à tous ses devoirs de preuve.

2° Il faut que la demande ou l'exception ne soit pas totalement dénuée de preuves. Si elle était dénuée de preuves, le juge devrait la rejeter purement et simplement (art. 1367).

Le juge ne doit donc admettre le serment que pour *suppléer* à une preuve incomplète; de là le nom de ce serment.

450. Quand une demande n'est-elle pas totalement dénuée de preuves? Cela dépend de l'objet de la demande. La loi n'exige pas un *commencement de preuve par écrit* dans le sens de l'article 1347. Il faut distinguer. Si la demande ou l'exception est de nature à admettre la preuve testimoniale, le juge peut admettre le serment supplétoire sur de simples présomptions de l'homme, ou sur la déposition d'un témoin irréprochable, ou sur un aveu purement verbal. Si la demande exclut la preuve testimoniale, le juge ne peut pas admettre le serment supplétif sur de simples présomptions ni sur des dépositions de témoins, car la déposition des témoins ne peut avoir lieu; il faut alors qu'il y ait un écrit, ou bien un aveu extrajudiciaire établi par écrit, ou une annota-

tion dans des livres de marchands régulièrement tenus ou des actes non contestés (art. 1329). (Cass. fr., 8 avril 1874, D. 1875, 1, 231 ; Larombière, sur l'art. 1367, 1368, n° 3.)

451. Le juge peut déférer le serment à l'une ou à l'autre partie, suivant qu'elle lui paraît le plus digne de foi, sauf dans certains cas, où la loi prescrit elle-même quelle partie sera admise au serment (art. 1715, 1781). Le serment supplétoire ne peut pas être référé (art. 1368). Ce serment étant un moyen de preuve, la fausseté peut en être démontrée en instance d'appel. Pothier dit que l'on voit souvent que le juge d'appel défère le serment à l'autre partie, s'il croit que la chose doit se décider par le serment de cette partie plutôt que par le serment de celle qui l'a prêté en première instance. (*Oblig.*, n° 834.)

B. *Du serment en plaids* (*Jusjurandum in litem*) (art. 1369).

452. Lorsque le demandeur a justifié le fondement de sa demande, et qu'il est *impossible de constater autrement* la valeur de la chose demandée, le juge peut déférer au demandeur lui-même le serment pour fixer la valeur de cette chose (art. 1369). Ce serment, appelé *jusjurandum in litem*, n'était admis, d'après le droit romain, que lorsque le débiteur avait causé le dommage par son dol ou par sa faute lourde. Aujourd'hui ce serment peut avoir lieu même quand le débiteur a seulement commis une faute légère.

Le juge *doit* déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur sera cru sur son serment (art. 1369, alin. 2). En droit romain cette limitation était facultative. (Pothier, n° 834.)

TITRE IV.

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

(ART. 1370-1386.)

NOTIONS GÉNÉRALES ET DIVISION (art. 1370).

453. Une obligation a le plus souvent pour source une convention; mais d'autres causes peuvent la faire naître. (Voy. *suprà*, n° 2.) Ces causes sont très-variées et on ne peut pas les ranger sous un principe général. Les Romains les appelaient *variæ causarum figuræ*. Le plus souvent elles ont pour base ces deux principes d'équité, savoir : que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, et que nul ne doit causer à autrui un préjudice sans être obligé de le réparer. Quelquefois elles sont fondées sur des raisons d'utilité.

Suivant la cause qui leur a donné naissance, on peut diviser ces obligations en deux classes : les unes ont pour cause un fait personnel à celui qui se trouve obligé, les autres résultent de la seule autorité de la loi.

454. Le fait personnel à celui qui est obligé peut être *licite* ou *illicite*. Dans le premier cas, la cause de l'obligation offre quelque analogie avec un contrat; c'est ce qui faisait dire aux Romains que ce genre d'obligation devait être considéré comme résultant *quasi ex contractu*; de là le nom de *quasi-contrat*. (Voy. chapitre I.) Si le fait est *illicite*, il peut être défendu par une *peine* (délit), ou seulement avoir causé un dommage; alors il est appelé *quasi-délit*. (Voy. chapitre II.)

455. Il y a des obligations qui résultent de la *seule autorité de la loi*, c'est-à-dire qui résultent de ce que la loi les impose dans certains rapports de faits ou dans certaines circonstances prévues, que la volonté de celui qui devient obligé n'a pas concouru à créer. Des obligations de cette espèce sont celles entre propriétaires voisins, appelées ailleurs servitudes légales (articles 651 et suivants); ou celles des tuteurs et des autres adminis-

trateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée (art. 389); telle est aussi l'obligation alimentaire des descendants envers leurs ascendants (art. 205); ou celle qui résulte du jet des marchandises pendant une tempête (code de commerce, art. 410 et suiv.), etc.

CHAPITRE PREMIER.

DES QUASI-CONTRATS (Art. 1371-1381.)

NOTION ET DIVISION.

456. Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires *et licites* de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties (art. 1371).

Le fait doit être *volontaire;* autrement, c'est-à-dire s'il était commandé par la loi, l'obligation qui en naîtrait appartiendrait à la classe de celles qui résultent de l'autorité seule de la loi. (Voy. n° 455.) Il doit être *licite* (condition qui est oubliée dans l'art. 1371), autrement le fait constitue un *délit* ou un *quasi-délit.*

457. Bien que le *quasi-contrat* fasse naître des rapports analogues à ceux résultant d'un contrat, il ne faut cependant pas y appliquer indistinctement les règles sur la *capacité* de contracter. Il faut distinguer :

1° Lorsque le fait est de nature à obliger l'autre partie, qui ne l'a pas posé, il n'est pas nécessaire que cette dernière soit capable pour être obligée par ce fait. Par exemple, j'ai utilement géré les affaires d'un mineur; ce dernier est obligé par ma gestion. C'est le profit qu'il a tiré de ma gestion, et non sa volonté, qui est la source de l'obligation; dès lors il n'importe qu'il soit capable ou non. (Fr. 3, § 5; fr. 6, pr., D., *De negotiis gestis,* 3, 5.)

2° Pour que le fait oblige celui qui en est l'auteur, il faut, en principe, qu'il soit capable. (Fr. 3, § 4, D., *eodem,* 3, 5.) Toutefois, comme il y a *faute* à toucher aux affaires d'autrui sans en

avoir le droit (fr. 36, D., *De regulis juris*, 50, 17), et comme le mineur n'est pas restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit (art. 1310 et *suprà*, n° 281, 3°), le juge pourrait, suivant les circonstances (art. 1374) le déclarer responsable de sa gestion. En tous cas, il est tenu jusqu'à concurrence du profit qu'il a tiré de la gestion (art. 1312).

458. La loi s'occupe ici de deux espèces de *quasi-contrats* : 1° de la gestion d'affaires; 2° du payement de l'indû.

I. DE LA GESTION D'AFFAIRES (art. 1372-1375).

A. *Notion et conditions requises.*

459. Ce quasi-contrat se forme lorsque volontairement et sans mandat on gère les affaires d'autrui, dans l'intention d'obliger celui-ci par la gestion (art. 1372). La gestion d'affaires présente beaucoup d'analogie avec le mandat; elle en a la nature et les principaux effets; mais elle en diffère en ce qu'elle repose sur la volonté unilatérale du gérant, tandis que le mandat est un contrat.

460. De cette définition découlent les conséquences suivantes :

1° Il n'y a pas gestion d'affaires si, *croyant* gérer pour autrui, on a, en *réalité*, par exemple par erreur, géré ses *propres* affaires; cette gestion n'entraîne aucune obligation. Par la même raison, ce quasi-contrat n'existe pas lorsque, en administrant les affaires d'autrui, on croyait gérer ses propres affaires; par exemple le possesseur de bonne foi d'un bien ou d'une succession d'autrui, ou celui qui acquitte une dette d'autrui, croyant que c'est la sienne, ne sont pas des gérants d'affaires d'autrui, parce qu'ils n'ont pas l'intention d'agir pour un autre et de l'obliger.

Mais il n'est pas nécessaire que la volonté de gérer pour autrui se rapporte à une personne *déterminée;* ainsi, par exemple, on peut administrer une succession vacante comme *negotiorum gestor* pour l'héritier éventuel qui viendra la réclamer. De même l'erreur sur la personne pour laquelle on croit gérer n'enlève pas à ce quasi-contrat son caractère; par exemple, je veux administrer tel fonds pour A, que je crois en être propriétaire; le

fonds appartient à B. Ce dernier devient obligé par la gestion.

461. 2° Il faut la volonté *d'obliger* le maître des affaires. Donc, il n'y a pas de véritable gestion lorsqu'on se charge des affaires d'autrui dans l'intention de lui faire une libéralité (*donandi animo*), par exemple par amitié, ou pour lui rendre service. Toutefois, dans ce cas, le gérant est obligé envers le maître des affaires comme tout autre gérant d'affaires, mais le dernier n'est pas obligé envers le premier.

462. 3° Il n'y a pas de gestion d'affaires lorsque le gérant agit en *vertu d'un mandat;* alors, il est mandataire. Cependant de mandataire il devient *gestor* s'il excède les limites du mandat. (Brux., 18 juillet 1876, B. J., t. 34, 1393.) Celui qui gère en vertu d'un mandat *nul* est aussi *negotiorum gestor.*

Il n'y a pas de gestion non plus lorsque le propriétaire a formellement défendu de gérer ou de continuer la gestion. Dans ce cas, ce qui a été fait *antérieurement* à la défense constitue une gestion valable; ce qui a été fait *après* la défense oblige le gérant, mais non le maître.

En droit romain, la gestion, pour avoir ce caractère, devait avoir lieu *à l'insu du maître;* si ce dernier l'avait connue, il y avait *mandat tacite.*

D'après le code, il y a gestion, *soit que le propriétaire la connaisse, soit qu'il l'ignore* (art. 1372).

C'est, suivant quelques jurisconsultes, parce que le code n'admet plus de mandat tacitement donné, et ils s'appuient sur l'article 1985. D'autres auteurs concilient l'article 1372 avec la possibilité d'un mandat tacite en appliquant cet article à l'hypothèse où le maître a connu la gestion, sans avoir été momentanément en état de s'y opposer; par exemple, parce qu'il n'avait pas le temps. Cette dernière opinion nous paraît plus juste. Il peut encore y avoir un mandat tacite (voy. *infrà,* titre XIII); mais la circonstance seule que l'on connaît la gestion de ses affaires par un autre, sans s'y opposer, n'implique pas nécessairement un mandat tacite. (Voy. Zachariæ, § 411, notes 2 et 3; Larombière, sur l'art. 1372, n°s 13-15.)

B. *Effets de la gestion d'affaires.*

1. POUR LE GÉRANT.

463. Le gérant est en général soumis à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire (art. 1373). Ainsi :

1° Il doit continuer la gestion qu'il a commencée, et l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ; et il doit aussi se charger de toutes les dépendances de cette même affaire. « Cette obligation est réduite à ces termes », dit Treilhard, « qu'il ne peut abandonner l'affaire qu'il a entreprise, intempestivement et de manière à causer préjudice à celui qu'elle concerne. Ainsi circonscrite, elle est juste ; car en se chargeant de suivre l'affaire, il a pu empêcher un autre de s'en charger. » (Séance du conseil d'État du 2 frimaire an XII, n° 5, Locré, XIII, 17.)

2° Il est obligé de continuer sa gestion, encore que le maître vienne à mourir avant que l'affaire soit consommée, *jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction* (art. 1373). Car le changement de maître ne détruit pas la nature de l'engagement primitivement contracté. Il y a ici une différence entre la gestion d'affaire et le mandat. En cas de décès du mandant, le mandataire ne doit achever la chose commencée que *s'il y a péril en la demeure* (art. 1991). La raison de cette différence, c'est que le mandat est révoqué par la mort du mandant, et alors le mandataire ne doit pourvoir qu'au plus urgent.

Si c'est le gérant qui vient à mourir avant que l'affaire soit terminée, ses héritiers doivent, en attendant que le propriétaire reprenne la direction de ses affaires, pourvoir à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci (arg. art. 2010).

464. 3° Il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille. Néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant (art. 1374). (Fr. 3, § 9, D., *De negotiis gestis*, 3, 5.) Ce passage du droit romain exprime mieux le principe d'équité que le code a adopté ; il dit que le

gérant qui, par affection, s'est interposé pour empêcher la vente des biens de quelqu'un, n'est tenu que du dol et de la faute lourde.

Conformément au droit romain, il faut admettre encore aujourd'hui que le gérant devrait répondre même du cas fortuit, s'il avait géré *malgré* la défense du propriétaire, ou s'il avait fait des affaires hasardeuses que le maître n'avait pas l'habitude de faire. (Fr. 8, § 3; fr. 11, D., *De neg. gestis*, 3, 5.)

4° Il doit rendre compte de sa gestion.

2. POUR LE MAÎTRE DES AFFAIRES (art. 1375).

465. Si le maître ratifie la gestion, il est tenu comme s'il avait donné un mandat. S'il ne ratifie pas, ses obligations dépendent de l'*utilité* de la gestion.

La question de savoir si les affaires ont été bien administrées doit être décidée eu égard à l'époque et aux circonstances dans lesquelles la gestion a eu lieu, quand même le profit qui en était résulté pour le maître aurait plus tard péri.

Si l'affaire a été bien administrée, le maître doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, et le gérant lui-même, s'il n'a contracté qu'au nom du maître, est à l'abri de toute action personnelle.

Si le gérant a pris des engagements personnels, le maître doit l'en indemniser. Mais, même dans le cas où le gérant se serait personnellement engagé, le maître pourrait de ce chef être directement poursuivi par les tiers.

Le maître doit rembourser au gérant toutes les dépenses *utiles* ou *nécessaires* qu'il a faites; il doit aussi les intérêts (arg. art. 2001). (Pau, 30 nov. 1869, D. 74, 5, 284; Lyon, 29 janv. 1870, D. 1870, 2, 92.) Les intérêts sont dus à partir du jour des avances constatées. (Liége, 22 octobre 1873, P. 1874, 16.) C'est là une différence qui le distingue du mandataire. Ce dernier a droit au remboursement des avances et frais, quand même l'affaire n'aurait pas réussi, et que les dépenses n'auraient pas été utiles (art. 1999).

II. DU PAYEMENT DE L'INDU (art. 1376-1381).

A. *Notion et conditions requises.*

466. Ce quasi-contrat se forme lorsqu'une personne reçoit, par erreur ou sciemment, *à titre de payement*, ce qui ne lui est pas dû. Celui qui a reçu la chose est obligé à la restituer à celui de qui il l'a indûment reçue (art. 1376). Ce dernier a payé pour *éteindre une obligation* (*solvendi causa*), mais cette cause étant fausse, le payement est nul (arg. art. 1131).

Quoique le payement de l'indû ne renferme pas l'intention de contracter une obligation, ni celle d'obliger autrui, comme par exemple la *negotiorum gestio*, et qu'il ait plutôt pour objet d'*éteindre* une obligation, il n'en est pas moins considéré comme formant un *quasi-contrat*. Celui qui a indûment reçu une chose est tenu de la rendre à peu près comme s'il l'eût reçue à titre de prêt (*perinde ac si mutuam accepisset*). S'il ne devait pas rendre, il s'enrichirait aux dépens d'autrui. (Pr. J., *Quibus modis re contrahitur*, 3, 15. Fr. 5, § 3, D., *De obligationibus et actionibus*, 44, 7.)

467. Les conditions requises pour l'existence de ce quasi-contrat sont :

1° Il faut que ce qui a été payé soit *indû*. Ce mot doit être pris en sens large, et s'entendre non-seulement des choses mobilières et immobilières qu'on a délivrées, mais aussi des obligations de faire qu'on a indûment acquittées, des promesses qu'on croyait devoir faire.

Le payement peut être indû soit parce qu'il n'a *jamais existé* d'obligation, soit parce que l'obligation contractée était *nulle*, ou *éteinte*, ou que la condition sous laquelle elle était contractée n'était pas encore arrivée. Si l'obligation était simplement *naturelle*, le payement serait valable. (Voy. n° 159.)

Le payement peut encore être indû à raison de la personne par laquelle ou à laquelle il a été fait. Ainsi le payement est indû quand il a été fait par le débiteur *à un autre* qu'au créancier, ou au créancier mais *par un autre* que par le vrai débiteur (art. 1377).

Le payement est encore indû lorsque le débiteur a payé une autre chose que celle qu'il devait.

468. 2° Il faut que le payement ait été fait par erreur de fait ou de *droit*. En droit romain la question de savoir s'il y avait lieu à répétition de ce qui avait été payé par erreur de droit était controversée. En règle, le code ne distingue pas entre les effets de l'une et de l'autre erreur, et, pour admettre une différence, il faut une disposition spéciale, comme, par exemple, dans les articles 1356, alin. 4, et 2052, alin. 2.

Le code ne requiert l'erreur, comme une condition de la répétition, que dans le cas où l'on a acquitté une dette *due par un autre* (art. 1377), parce que l'on peut valablement payer pour un autre (art. 1236); il ne l'exige pas lorsqu'il n'existait pas de dette du tout (art. 1376). Mais, conformément au droit romain et à l'ancien droit, auquel le code n'a pas voulu déroger, nous devons admettre encore aujourd'hui qu'il faut *dans les deux cas* avoir payé *par erreur*, pour pouvoir répéter. Celui qui a payé *volontairement* ce qu'il savait n'être pas dû ne peut pas répéter. Il est censé avoir voulu faire une donation, s'il avait la capacité de donner (*donasse videtur*). (Fr. 53, D., *De regulis juris*, 50, 17.) C'est un don manuel valable si la chose donnée est *mobilière;* si c'est un immeuble, la donation ne peut pas se faire par la simple remise; il faut un acte. Il pourrait donc y avoir lieu à répétition dans ce dernier cas. (Larombière, sur l'art. 1376, nos 2, 30-32.)

B. *Effets du payement de l'indû.*

1. OBLIGATIONS DE CELUI QUI A REÇU LE PAYEMENT.

469. Celui qui a indûment reçu une chose doit la rendre.

C'est au demandeur en répétition de prouver 1° que le payement a eu lieu; 2° qu'il était indû, et 3° qu'il a été fait par erreur (art. 1315). Mais, comme la deuxième preuve a pour objet un fait négatif, et la troisième, un fait intellectuel, il faut laisser au juge une certaine latitude d'appréciation. Le droit romain nous fournit, sur ce sujet, une décision très-rationnelle, qui mérite d'être suivie encore aujourd'hui, bien qu'elle n'ait pas été reproduite par le code; savoir : si le défendeur commence par nier

de mauvaise foi le payement, et que ce fait vienne à être prouvé contre lui, le juge doit dispenser le demandeur de toute autre preuve et condamner le défendeur à la restitution, à moins que celui-ci n'établisse, de son côté, que le payement était dû. (Fr. 25, D., *De probationibus*, 22, 3. Toullier, t. XI, n° 64.)

470. L'obligation de restituer varie suivant la nature de l'objet payé, et suivant que celui qui l'a reçu était de bonne ou de mauvaise foi. Il faut distinguer :

1° Il a reçu une quantité de choses fongibles, par exemple une somme d'argent; elle est à ses risques et périls, et il doit en rendre autant de mêmes espèce, quantité et qualité (arg. art. 1892, 1893), et, s'il était de mauvaise foi, avec les intérêts ou les fruits du jour du payement (art. 1378);

2° Il a reçu un corps certain et déterminé. Il faut distinguer encore :

a. Il était de bonne foi. Il doit rendre la chose dans l'état où elle se trouve, mais sans les fruits perçus (art. 549). Si elle a péri, soit par cas fortuit, soit par sa faute, il ne doit rien. La décision contraire heurterait les principes généraux de droit; car le possesseur de bonne foi n'est jamais tenu de sa faute. L'article 1379 ne dit pas le contraire, bien que sa rédaction rende responsable celui qui a reçu de bonne foi *lorsqu'il est en faute*. Mais, tant qu'il se croit propriétaire de la chose, il n'est pas en *faute* de l'avoir détériorée. L'article 1379 suppose le cas où la bonne foi a existé au moment du payement, mais où elle a *cessé* depuis. Si, à partir du moment où il connaît l'obligation de rendre, il a détérioré la chose, il est en faute. Cette interprétation de l'article 1379 est admise par presque tous les auteurs. (Voy. Zachariæ, § 442, note 13.) S'il a profité de la perte, il doit rendre le profit qu'il en a tiré, et s'il a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente (art. 1380). S'il l'a donnée, il ne doit rien.

b. Il était de mauvaise foi. Il doit rendre la chose avec tous les fruits, et répond même de la perte par cas fortuit (art. 1379). Toutefois, il sera libéré s'il prouve que la chose eût également péri chez le demandeur en répétition (art. 1302, et *suprà*, n° 258). Il ne doit pas être assimilé au voleur; car la réception de l'indû ne constitue pas une soustraction frauduleuse (code pénal,

art. 379; code pénal belge, art. 461). En cas de perte ou d'aliénation de la chose, il est tenu de tous les dommages-intérêts.

2. OBLIGATIONS DE CELUI QUI A FAIT LE PAYEMENT.

471. « Celui auquel la chose est restituée doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose », dit l'article 1381. La rédaction de cet article est incomplète et peu claire. Voici comment il faut l'interpréter pour le mettre en harmonie avec les principes généraux.

1° Les dépenses qui ont été faites pour la *conservation* de la chose, c'est-à-dire pour en éviter la détérioration et la perte, doivent être restituées au possesseur de bonne foi et au possesseur de mauvaise foi, sans distinction.

2° Quant aux dépenses qui n'étaient pas nécessaires, elles ne doivent être remboursées au possesseur de bonne foi, comme au possesseur de mauvaise foi, que jusqu'à concurrence de la mieux-value qui en est résultée. (Zachariæ, § 442, note 15, et Pothier, *Tr. du prêt de consomption*, n° 169.)

Cette décision est contestée par quelques auteurs, qui, dans ce cas, accordent au possesseur de bonne foi le droit de demander le remboursement intégral des dépenses utiles.

Si les impenses consistent en constructions, plantations ou autres améliorations de la même nature, il faut appliquer l'article 555.

3° Quant aux dépenses voluptuaires ou d'agrément, le possesseur de mauvaise foi et le possesseur de bonne foi ont le droit de les enlever, sans altérer l'état primitif des lieux; mais ni l'un ni l'autre n'a le droit d'en demander le remboursement.

3. EFFETS A L'ÉGARD DU TIERS ACQUÉREUR.

472. Si la chose indûment payée a été aliénée par celui qui l'a reçue, peut-elle être revendiquée contre le tiers détenteur? La question est très-controversée.

Tous les jurisconsultes admettent avec raison la revendication d'une chose mobilière ou immobilière contre le tiers acquéreur de mauvaise foi, se fondant sur l'article 1141. Il faut considérer

comme également certain que la revendication ne peut pas avoir lieu contre le tiers acquéreur d'une chose mobilière, s'il est de bonne foi; car, en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279).

473. Mais, sauf sur ces deux points, la divergence est grande. En droit romain, la *condictio indebiti* étant une action *personnelle* n'avait pas lieu contre le tiers détenteur, parce qu'il y avait eu transmission valable de propriété entre celui qui avait payé et celui qui avait reçu, donc aussi entre ce dernier et le tiers. Pothier (*Tr. du prêt de consomption*, n°s 174 et 175) adopte cette solution, avec ce tempérament qu'il admet la revendication contre le tiers qui a acquis à titre gratuit, parce que *certat de lucro captando*, tandis que celui qui a payé lutte pour éviter un dommage. Delvincourt et Toullier (XI, 97) admettent l'action contre le tiers dans le cas où *celui qui a reçu le payement* a été de mauvaise foi, et ce système est conforme à l'opinion exprimée par Bertrand de Greuille. (Rapport au Tribunat, n° 7, et Tarrible, discours au Corps législatif, n° 16, Locré, XIII, 39 et 55.) Zachariæ, § 442, note 18, et Duranton, XIII, 683, admettent la revendication dans tous les cas, en vertu des articles 1109, 1138 et 1376, et les principes généraux qui régissent la transmission des droits réels. Demante (édit. Mazerat), (n° 873 et note 853), se fondant sur l'article 1380 du code, rejette la revendication dans tous les cas.

Il faut ou admettre ou rejeter la revendication dans *tous* les cas; les diverses distinctions manquent de base juridique. L'opinion de Duranton et de Zachariæ, qui admettent la revendication contre le tiers acquéreur dans tous les cas, nous paraît la plus conforme à l'esprit du code. Car la transmission de la propriété doit avoir une cause légitime. Or, le payement de l'indû est nul, parce qu'il est sans cause, de même qu'une obligation sans cause est nulle, et cette nullité peut être opposée au tiers. (Voy. n°s 36, 282.)

L'article 1380 n'est pas incompatible avec cette opinion; il détermine seulement les rapports juridiques entre celui qui a payé et celui qui a reçu le payement, et non les rapports qui en résultent à l'égard des tiers. (Larombière, sur l'art. 1380, n°s 7 et suivants.)

CHAPITRE II.

DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS (ART. 1382-1386.)

I. NOTIONS GÉNÉRALES ET CONDITIONS REQUISES POUR LE DÉLIT OU LE QUASI-DÉLIT.

474. Dans ce chapitre, le code traite des *délits* et des *quasi-délits*. Les auteurs ne sont pas d'accord sur le sens qu'il faut attribuer à ces mots, en les envisageant seulement sous le rapport du droit civil. Suivant Zachariæ, § 446, il y a *quasi-délit* lorsque, en vertu d'une disposition spéciale de la loi, on est tenu du dommage causé par un fait d'autrui ou par une chose que l'on avait sous sa garde (art. 1384-1386) ; il y a *délit* lorsqu'on est tenu du dommage que l'on a causé par son propre fait (art. 1382, 1383). Suivant d'autres, par exemple Toullier (t. IX, n° 142, et XI, 313, 315), il y a *délit* lorsque le dommage causé est le résultat d'un dol, c'est-à-dire de l'intention de nuire; *quasi-délit* lorsque le dommage est le résultat d'une simple *faute*. On ne peut pas admettre cette terminologie, qui est aussi celle de Pothier, n° 116 ; car elle ne repose sur aucune base et elle est contraire au droit romain. Le législateur s'occupe, dans ce chapitre, de tout fait *injuste* ou *illicite* (*quod non jure fit*) qui cause un dommage à autrui. Parmi les faits illicites, il y en a qui tombent sous l'application d'une loi pénale (*crimes*, *délits*, *contraventions de police* ou *délits* en sens général); d'autres ne sont pas frappés d'une peine. Les premiers sont des *délits*, les seconds des *quasi-délits*. Cette signification des termes *délits* et *quasi-délits* dans ce chapitre résulte clairement du rapport au Tribunat, n° 9, et des discours au Corps législatif, nos 18 et 19 (Locré, XIII, 40, 57 et 58). Les principes de droit civil qui régissent les uns et les autres sont les mêmes, sauf quelques dispositions spéciales du code pénal et du code d'instruction criminelle sur la réparation civile du dommage causé par un délit (voy. code d'instr. crim., art. 1-4, 635-640; code pénal, art. 51-55, 117, 468, 469; code pénal belge, art. 45-47, 49, 50).

475. Pour qu'il y ait *délit* ou *quasi-délit*, il faut la réunion des conditions suivantes :

1° Un fait *positif* (*commissio*). Le dommage causé par un fait *négatif* (*omissio*) ne doit être réparé que lorsque celui par l'inaction duquel il a eu lieu était tenu, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une obligation, de veiller aux biens d'autrui ou de les préserver du dommage. Mais alors l'omission constitue la violation de la loi du contrat ou de l'obligation légale;

2° Il faut que le fait soit *illicite*, c'est-à-dire qu'il viole le droit d'autrui, et que celui qui l'a commis n'ait pas eu le droit de le faire (*qui jure suo utitur, neminem lædit*);

3° Il faut que le fait ait causé à autrui un dommage, c'est-à-dire infligé une perte positive ou qu'il l'ait privé d'un bénéfice (art. 1149), peu importe que le dommage soit causé à la *personne même* ou à sa propriété;

4° Il faut que le *fait même* soit la *cause* du dommage;

5° Il faut que le fait puisse être *imputé* à son auteur. (Voy. *suprà*, n° 61.) Les règles de l'appréciation de la faute commise en dehors des obligations sont les mêmes que celles sur la faute par laquelle l'exécution d'une obligation n'a pas lieu. (Cass. belge, 3 mai 1861; B. J., t. 19, 657.) S'il ne dépendait pas de la volonté de l'auteur du fait de l'empêcher, il constitue un cas fortuit, dont personne n'est responsable. C'est pour ce motif qu'un enfant en bas âge n'ayant encore aucune volonté et un individu en état d'aliénation mentale complète ne sont pas responsables du dommage qu'ils ont causé par leurs faits; de semblables faits doivent être considérés comme des malheurs, qui ne sont imputables à personne. Mais l'interdit, qui a agi dans un moment lucide, est responsable du dommage résulté de son fait. Il en est de même du mineur (art. 1310). L'ivresse n'est pas un motif d'excuse; car le dommage que l'homme ivre a fait est le résultat d'un *casus culpâ determinatus*, c'est-à-dire d'un cas fortuit amené par sa faute précédente; il y a faute à s'enivrer au point de n'être plus maître de ses actions. (Voy. n° 61.)

476. Pour la décision de la question de savoir si l'auteur d'un fait illicite est tenu de réparer le dommage qui en est résulté, il n'importe que le dommage ait été causé avec intention (*dol*), ou par une simple *faute*, *négligence* ou *imprudence*, bien que ces cir-

constances puissent influer sur le montant de la réparation (voy. art. 1149-1151, et *suprà*, n° 76). Quelque légère que puisse être la faute, si elle avait pu être évitée, elle oblige celui qui l'a commise à réparer le dommage dont elle est la cause (*In lege Aquilia et levissima culpa venit*).

La preuve du fait dommageable incombe au demandeur en réparation (art. 1315). C'est au défendeur, qui veut s'affranchir de la responsabilité, de prouver ou que le fait était licite, ou qu'il ne peut pas lui être imputé.

477. Chacun est toujours responsable de son *propre fait;* mais quelquefois on est aussi tenu de répondre du fait d'autrui ou du dommage causé par une chose dont on est propriétaire.

II. DE LA RESPONSABILITÉ A RAISON DE SON FAIT PERSONNEL (art. 1382, 1383).

A. *Règles générales.*

478. Tout *fait* quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence (art. 1382, 1383). Ce sont les dispositions de la *loi Aquilienne* des Romains, titre D., *De lege Aquilia*, 9, 2.

Le dommage causé par l'auteur du fait illicite doit être réparé intégralement, d'après les principes des articles 1149-1151. Si le montant ne peut pas être fixé d'une manière précise, le juge apprécie. Lorsque le dommage est le fait de plusieurs, chacun est tenu à la réparation du tort *par lui causé*, s'il peut être constaté individuellement, et, si le fait est commun à tous, chacun est tenu par portion virile (arg. art. 1202). L'action en réparation dure trente ans. Elle a lieu contre les héritiers et successeurs de l'auteur du fait illicite dans la même étendue dans laquelle elle aurait pu être intentée contre leur auteur. Quelle que soit la cause du dommage, la personne qui l'a souffert peut renoncer au droit de demander la réparation, ou transiger sur les dommages-intérêts (code civ., art. 2046; code d'instr. crim., art. 4.)

La contrainte par corps peut être prononcée pour dommages-

intérêts lorsqu'ils sont le résultat de faits prévus par la loi pénale (Loi **française** du 22 juillet 1867; loi **belge** du 27 juillet 1871 et loi du 21 mars 1859, art. 4, n° 3, et art. 5).

En **Belgique**, la contrainte par corps peut être prononcée dans tous les cas où le dommage est le résultat d'un fait illicite commis méchamment ou de mauvaise foi (loi du 27 juillet 1871, art. 3). Dans les deux cas, elle n'a lieu que pour une somme excédant 300 francs (même loi, art. 4).

B. *Spécialement, si le dommage a été causé par un fait prévu par la loi pénale.*

479. Il y a quelques différences entre les cas où le dommage a été causé par un simple quasi-délit et ceux où il est le résultat d'un fait prévu par la loi pénale (délit). Voici ces différences :

1° L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique. Elle peut aussi être poursuivie séparément devant les tribunaux civils; mais dans ce cas l'exercice en est suspendu, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile (code d'instr. crim., art. 3).

2° D'après le code pénal de 1810, article 55, encore en vigueur en **France**, tous les individus condamnés pour un même *crime* ou pour un même *délit* seront tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais. Mais la solidarité n'existe pas en cas de simple contravention.

En **Belgique**, tous les individus condamnés pour une même *infraction* sont tenus *solidairement* des restitutions, des dommages-intérêts et des frais. Néanmoins le juge peut exempter de la solidarité tous ou quelques-uns des condamnés, en indiquant les motifs de cette dispense, et en déterminant la proportion des frais à supporter individuellement par chacun d'eux. (C. pénal belge, art. 50.)

La solidarité a-t-elle lieu également à l'égard des auteurs d'un quasi-délit? Aucune loi ne la prononce; elle n'est donc pas admissible (art. 1202). (Laurent, t. XVII, n°s 318-325). Mais la juris-

prudence se prononce généralement pour la solidarité en ce cas. (Cass. fr., 15 janvier 1878, D., 1878, 1, 152 et la note.)

3° L'action en réparation du dommage se prescrit par le même aps de temps que se prescrit l'action publique, c'est-à-dire par dix ans, trois ans ou un an, suivant qu'elle résulte d'un *crime*, d'un *délit* ou d'une *contravention* de police (code d'instr. crim., art. 637-640). (Brux., tribunal civil, 5 août 1863, B. J. t. 21, 1174.) Il en est de même dans le cas où l'action a été directement portée devant les tribunaux civils. (Liége, 7 mars 1868, B. J., t. 26, 465; P., 1868, 185.) La prescription n'a pas été interrompue, quand même il serait intervenu sur l'action publique un jugement prononcé en pays étranger. (Anvers, trib. civ., 9 novembre 1877, B. J., t. 36, 96.) Mais les *condamnations* civiles prononcées à raison d'un de ces faits ne se prescrivent que par le laps de trente ans (même code, art. 642).

III. DE LA RESPONSABILITÉ DU DOMMAGE QUE L'ON N'A PAS CAUSÉ PAR SON FAIT PERSONNEL (art. 1384-1386).

480. En principe, on n'est responsable que de son propre fait, et non du fait d'autrui. Les exceptions faites à ce principe dans l'article 1384 reposent sur la présomption légale, que le dommage n'a pu être causé que par suite d'une faute de la part de celui que la loi oblige à la réparation.

On peut distinguer deux catégories : 1° cas où l'on répond du fait d'*autrui*; 2° cas où l'on répond du dommage causé par une *chose*.

A. *Des cas dans lesquels on répond du fait d'un autre.*

481. Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux; les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés; les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent

qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité (art. 1384). Le père ne doit pas prouver un empêchement absolu. (Gand, 4 fév. 1875, B. J., t. 33, 426; P., 1875, 207.)

La disposition finale de cet article, qui exempte les père et mère, instituteurs et artisans de la responsabilité lorsqu'ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité, n'est pas applicable aux maîtres et aux commettants (art. 1384, alin. 3), par le motif que c'est le service dont le maître profite qui a produit le mal qu'il doit réparer, et parce qu'il a à se reprocher d'avoir donné sa confiance à des hommes méchants ou imprudents. (Rapport au Tribunat, n° 14, Locré, XIII, p. 42.) La responsabilité des maîtres et des commettants ne s'étend pas aux faits de leurs domestiques et préposés qui n'ont aucun rapport avec les fonctions auxquelles ils sont employés.

482. La responsabilité dont il s'agit dans l'article 1384 s'étend aussi aux frais de procès, par exemple pour délit de chasse (loi belge du 26 février 1846, art. 10), mais non pas aux amendes ou peines pécuniaires encourues par un délit, excepté dans le cas où la loi le dit formellement. La disposition de l'article 1384 n'exempte pas de la responsabilité personnelle les *auteurs mêmes* des faits dommageables. Ainsi, par exemple, celui qui a souffert le dommage peut agir contre le maître et contre le préposé. Suivant la différence des cas, celui que la loi déclare responsable peut exercer son recours contre l'auteur du fait.

B. *De la responsabilité du dommage causé par une chose.*

483. 1° Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé (art. 1385). Cette règle prend sa source dans les titres : *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, D., 9, 1, et J., 4, 9. La disposition de l'article 1385 s'applique à toute espèce d'animaux domestiques, sauvages ou apprivoisés, et à toute espèce de dommage. Si le dommage a été causé pendant que l'animal était à l'usage d'un autre que le propriétaire, celui qui s'en servait est seul tenu de la réparation, parce qu'alors le dommage doit lui être imputé. (Voy. *suprà*, n° 480.) La responsabilité de l'arti-

cle 1385 cesse, si celui qui a souffert le dommage en est lui-même la cause, par exemple s'il a agacé l'animal. Le propriétaire ou celui qui s'est servi de l'animal ne peut se soustraire à la responsabilité, comme en droit romain, en abandonnant l'animal (*noxæ datio*).

Celui qui se sert d'un animal d'autrui est, pendant qu'il est à son usage ou sous sa garde, *seul* responsable du dommage causé par cet animal, et le *propriétaire* n'en est pas responsable, à moins d'avoir commis une faute particulière. Car la loi n'impose pas une responsabilité commune au propriétaire ET à celui qui se sert de l'animal; elle dit : « le propriétaire OU et non ET celui qui s'en sert. (Cass. fr., 3 déc. 1872, D., 1873, 1, 337 et la note.) La question est controversée.

Il y a également controverse sur le point de savoir si, d'après l'article 1385, le propriétaire de l'animal est responsable d'une manière absolue du dommage que cet animal a causé, sans qu'il soit besoin de rechercher s'il y a eu faute du maître ou non; ou bien si cette responsabilité n'a lieu qu'autant qu'il y a eu *faute personnelle* du propriétaire de l'animal. Nous croyons que le propriétaire n'est responsable que lorsqu'il y a eu une faute de sa part. Voici pour quels motifs : 1° Cette opinion est conforme aux principes de justice naturelle formellement admis par les articles 1147, 1148, 1382 et 1383 du code; 2° elle est conforme au droit romain, d'après lequel le propriétaire qui n'avait pas été en faute n'était tenu qu'à abandonner (*noxæ dare*) l'animal qui avait causé le dommage, sans être personnellement responsable, et encore n'était-il tenu à cet abandon que lorsque l'animal avait agi contrairement à ses habitudes naturelles (Maynz, *Dr. romain*, 4e édit., § 282, notes 35-40); 3° elle peut s'appuyer sur les travaux préparatoires du code, notamment sur le discours du tribun Tarrible devant le Corps législatif, nos 19 et 20. (Locré, t. XIII, p. 57-58.) (Voy., sur cette question, la note détaillée sous l'arrêt ci-dessus cité de Cass. fr., 3 décembre 1872, D., 1873, 1, 337).

484. 2° Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien, ou par le vice de sa construction (art. 1386). La *cautio damni infecti* du droit romain, d'après laquelle un propriétaire pouvait demander caution contre le voisin dont le bâti-

ment *menaçait* ruine, n'est pas admise par le code civil. En pareil cas, l'autorité administrative peut sommer le propriétaire de réparer ou de démolir l'édifice menaçant ruine. (Code pén., art. 471, n° 5; code pén. belge, art. 551, 7°.) Aujourd'hui, il n'y a d'action contre le propriétaire que lorsque le dommage a réellement eu lieu et qu'il est appréciable. (Rapport au Tribunat, n° 16, Locré, XIII, 43.) Si un édifice appartenant à plusieurs propriétaires a causé un dommage par sa chute, chacun d'eux en est tenu en proportion de sa part dans l'édifice.

TITRE V.

DU CONTRAT DE MARIAGE ET DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

SOURCES ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

485. Les rapports personnels que le mariage établit entre les époux sont indépendants des droits qu'ils ont sur leurs biens; la séparation de leurs intérêts pécuniaires n'est pas inconciliable avec l'union intime de leurs personnes. Le mariage ne doit donc pas nécessairement changer les droits que chacun des époux avait sur ses biens, avant d'être marié. La philosophie du droit et les faits s'accordent à confirmer cette thèse. Bien que la communauté universelle de tous les intérêts des époux corresponde le plus à l'union et à la communauté parfaite de toute la vie, à cette « *individua vitæ consuetudo* », à ce « *consortium omnis vitæ* », qui forme l'essence du mariage, on ne saurait prouver que le droit naturel prescrit impérieusement un régime déterminé quant aux biens; et c'est cette absence d'une règle philosophique générale qui nous explique la diversité des législations positives sur cette matière.

486. Deux systèmes différents se partageaient la France jus-

qu'à la publication du code. Les pays de *droit écrit* étaient régis par les lois romaines. D'après cette législation, les patrimoines des deux époux restaient séparés et ne se confondaient pas en une masse commune; mais la femme pouvait avoir deux espèces de biens : les biens *dotaux* et les biens *paraphernaux*. Les biens *dotaux* étaient ceux que la femme apportait au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage; le mari en avait l'administration et la jouissance, et il devait les restituer à la femme ou à ses héritiers après la dissolution du mariage. Dans l'intérêt de la femme et des enfants, les immeubles dotaux étaient déclarés *inaliénables* pendant le mariage, c'est-à-dire, ils ne pouvaient pas être aliénés, même du consentement de la femme. Tous les biens de la femme, qu'elle n'avait pas apportés en dot au mari, étaient *paraphernaux;* elle en conservait elle-même l'administration, la disposition et la jouissance. Tout ce que l'un ou l'autre des époux acquérait pendant le mariage à titre onéreux ou à titre gratuit, lui appartenait et augmentait son patrimoine personnel.

Un tout autre système était en vigueur dans les pays de *droit coutumier*. Les coutumes, presque toutes d'origine germanique, attachaient au mariage l'effet d'une *communauté de biens entre les époux*. Les dispositions des diverses coutumes locales, dont le nombre était très-grand, réglaient différemment l'étendue et les effets de cette communauté; mais, malgré ces variétés, elle offrait certains caractères généraux qui se retrouvent partout. Cette communauté ou société comprenait tous les biens que les époux pouvaient acquérir à titre onéreux pendant leur union, soit ensemble, soit séparément; en outré, d'après les règles des plus importantes coutumes, par exemple celle de Paris, elle comprenait toute la fortune mobilière, active et passive, que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ou qui pouvait leur échoir à titre gratuit pendant le mariage. A la dissolution du mariage, les biens qui avaient composé la communauté étaient partagés; chacun des époux ou ses héritiers en prenaient la moitié. Les immeubles possédés par chacun des époux au jour du mariage, ainsi que ceux qui lui arrivaient par succession pendant le mariage, étaient exclus de la communauté, et restaient sa propriété exclusive (*propres de communauté*).

487. D'après l'une et l'autre législation, les époux avaient

une entière liberté de faire leurs conventions matrimoniales comme ils le jugeaient à propos; ils n'étaient soumis au régime de la communauté coutumière ou au régime dotal, qu'à défaut de stipulations contraires ou modificatives de leur part. Par leur contrat de mariage ils pouvaient changer les règles de la loi, soit en y ajoutant, par exemple en stipulant sous le régime dotal une société de toutes les acquisitions à faire pendant le mariage, soit en en retranchant, par exemple en excluant certains biens de la communauté. Ils pouvaient même convenir qu'il n'y aurait pas de communauté entre eux, et se soumettre au régime appelé *exclusif de communauté,* ou à la *séparation de biens.*

488. Les auteurs du code, chargés de préparer une législation civile, uniforme pour toute la France, proposèrent, pour servir de règle aux intérêts pécuniaires des époux en l'absence d'une convention matrimoniale, le système de la communauté de biens conforme à la coutume de Paris, avec quelques modifications. Le projet primitif de la commission nommée le 24 thermidor an VIII (t. I, n° 3) était divisé en trois chapitres : le premier contenait des *Dispositions générales;* le second traitait de la *Communauté légale,* c'est-à-dire du régime auquel les époux auraient été soumis de plein droit à défaut de convention entre eux; le troisième était intitulé : *Des diverses conventions par lesquelles les conjoints dérogent à leurs droits légaux et de l'effet de ces conventions.* Dans ce chapitre, les articles 119, 120 et 123 prévoyaient le cas où la femme se constituerait certains biens en dot, et en stipulerait l'aliénabilité. Cette clause était considérée comme une modification de la communauté; le projet ne s'occupait pas autrement du *régime dotal.*

489. « A l'apparition de ce projet, les habitants du pays de droit écrit prirent l'alarme. Ses auteurs avaient fait du régime de la communauté le droit commun, et l'avaient par conséquent organisé, sans néanmoins l'imposer à personne; et, laissant, à ceux qui préféreraient le régime dotal, la liberté de l'adopter par des stipulations particulières, ils ne s'en étaient pas autrement occupés. Mais cette intention n'ayant pas été plus formellement expliquée, et le projet abolissant toutes les lois antérieures, les partisans du régime dotal en conclurent qu'on se proposait de l'anéantir. De là des écrits pleins de chaleur, où, en repré-

sentant le régime dotal comme la législation la plus parfaite sur la matière, on porta la prévention jusqu'à lancer l'anathème contre le régime de la communauté, qui pourtant est le plus naturel dans toute contrée où la femme ne vit pas dans l'esclavage; car là où existe communauté des personnes, existe naturellement, et à plus forte raison, communauté des biens. Afin de mieux calmer les inquiétudes, on prit, au conseil d'État, le sage parti d'exprimer clairement que les deux régimes étaient maintenus, de les organiser tous deux, d'accorder expressément le choix aux parties, d'ériger cependant le régime de communauté en droit commun ». (Locré, XIII, 63-64.)

490. Les dispositions sur la communauté des biens, soit légale soit conventionnelle, ont pour source le droit coutumier. Les règles sur la communauté légale ont été puisées particulièrement dans la coutume de Paris, qui jouissait d'une haute autorité, et qui était observée dans une grande partie de la France. Le droit romain est la source du régime dotal.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES. (Art. 1387-1398.)

I. DÉFINITION DU CONTRAT DE MARIAGE.

491. Le contrat de mariage est une convention par laquelle les deux personnes qui veulent se marier règlent les droits qu'elles auront respectivement sur *leurs biens*, ou *l'une sur les biens de l'autre*, pendant le mariage.

C'est là l'objet essentiel du contrat de mariage; mais il peut renfermer d'autres dispositions, par exemple des donations, soit entre-vifs, soit pour le cas de décès, faites par l'un des futurs époux à l'autre, ou par des tiers aux époux, ou à l'un d'eux et à leurs enfants. (Code civ., art. 1081-1100.)

Le contrat de mariage ne produit aucun effet s'il n'est pas réellement suivi d'un mariage valable. (Arg. art. 1088; fr. 3, D., *De jure dotium*, 23, 3.)

II. CONDITIONS REQUISES POUR LE CONTRAT DE MARIAGE.

A. *Quant aux personnes.*

492. Pour pouvoir faire un contrat de mariage, il faut avoir les qualités requises pour pouvoir contracter mariage (art. 144-164; t. I, nos 271-309), mais il n'est pas nécessaire d'avoir la capacité de *contracter en général* (art. 1123, 1124, *suprà*, n° 31).

De l'autre côté, il ne suffit pas toujours d'avoir capacité de se marier pour pouvoir faire un contrat de mariage.

Ainsi, l'incapacité de *contracter en général* n'exclut pas la capacité de faire un contrat de mariage; la capacité *de se marier* ne renferme pas nécessairement la capacité de faire un contrat de mariage.

493. Application des règles du numéro précédent. Le mineur âgé de 15 ou de 18 ans peut se marier (art. 144), mais il ne peut pas contracter (art. 1124); c'est son *tuteur* qui doit *contracter* pour lui (art. 450). Par *exception* à cette règle, le mineur peut *lui-même faire un contrat de mariage*, avec le consentement et l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage (art. 1398; t. I, n° 725). L'intervention du tuteur n'est pas nécessaire; il est remplacé dans sa mission par le parent dont le consentement est requis pour le *mariage même*, quand même ce parent ne serait pas le tuteur du mineur.

Le mineur ne peut aliéner ses immeubles qu'avec les formalités et sous les conditions indiquées dans les articles 457-459, 484 (t. I, nos 745-747); il ne peut disposer à titre gratuit que sous les restrictions prescrites par les articles 903 et 904; mais il peut, dès qu'il a l'âge requis pour se marier, et avec le consentement et l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour le mariage, faire, par *contrat de mariage*, toutes les dispositions qu'un majeur pourrait faire. Ainsi, il peut faire les mêmes donations qu'un majeur, soit entre-vifs, soit à cause de mort (art. 1095, 1398, 1309; cass. fr., 23 février 1869, D., 1869, 1, 179).

Le mineur qui a obtenu la dispense d'âge (art. 145; t. I, n° 272)

peut faire les mêmes dispositions que le mineur ayant l'âge requis pour se marier (Bastia, 3 février 1836 et cass. fr., 29 mars 1837; J. P., 1837, II, 69).

494. *Le mineur habile à contracter mariage* (art. 1398), c'est la femme âgée de plus de quinze, et l'homme âgé de plus de dix-huit ans (art. 144).

Quelques jurisconsultes prétendent que le majeur de vingt et un ans, qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans fixé par l'article 148, n'est pas encore habile à faire *un contrat de mariage* sans le consentement et l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

C'est une erreur. La loi n'entend parler que du mineur *ordinaire,* âgé de moins de vingt et un ans. Le but de cet article n'est pas de restreindre, pour le cas de mariage, la capacité ordinaire de contracter, mais de l'augmenter en faveur du mariage. L'article 1309 le prouve à l'évidence.

495. Pour la validité du contrat de mariage, il ne suffit pas du *consentement* de ceux qui doivent consentir au mariage même; il faut qu'ils *assistent,* c'est-à-dire qu'ils *interviennent* au contrat de mariage, soit en *personne,* soit par un fondé de pouvoir *spécial,* ayant *mandat* d'assister à la conclusion du contrat contenant les clauses spécialement mentionnées dans la procuration. Un mandat conçu en termes généraux, et autorisant le fondé de pouvoir à assister et à consentir, ne suffit pas. En prescrivant l'assistance, le législateur a voulu avoir une garantie que le consentement ne serait donné qu'après connaissance de cause. Une procuration spéciale, renfermant les clauses mêmes du contrat à conclure, atteint le même but. (Limoges, 17 avril 1869, D., 1871, 2, 167).

Il suit de cette règle que, lorsque le mineur n'a plus ni père, ni mère, ni autre ascendant, le conseil de famille tout entier doit assister au contrat de mariage, ou que ce conseil doit se faire représenter par un mandataire spécial, après avoir préalablement spécifié et approuvé les stipulations que doit contenir le contrat de mariage (Rennes, 4 mai 1878, D., 1879, 2, 1 et la note).

496. La capacité de se marier ne suffit pas toujours pour faire *un contrat de mariage.*

La personne placée sous conseil judiciaire (art. 512-515) peut

se marier sans le consentement de son conseil; mais elle ne peut pas faire, sans l'assistance de ce conseil, un contrat de mariage qui contiendrait un acte d'aliénation. Ainsi, par exemple, elle ne pourrait pas consentir une clause d'ameublissement, ni faire une donation entre-vifs (Duranton, t. VIII, n° 15; Marcadé, art. 1398, n° 4). S'il se marie sans contrat, il est marié sous le régime de la communauté légale (Caen, 20 mars 1878, D., 1878, 2, 217).

Quelques jurisconsultes, par exemple Pont et Rodière, Troplong, *Contrat de mariage*, n°s 396-397, sont d'un avis opposé, en partant de la thèse : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.* C'est une pétition de principe. Le mineur *seul* est relevé de l'incapacité, pour le contrat de mariage, par la disposition formelle et spéciale de l'article 1398. Le prodigue sous conseil judiciaire ne peut invoquer aucune disposition qui le relève de son incapacité.

L'interdit ne peut pas faire un *contrat de mariage.* Il ne peut pas contracter mariage. (T. I, n° 275.)

497. Lorsque le contrat de mariage a été consenti par un mineur, sans le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est nécessaire au mariage, il peut se faire restituer contre ce contrat : lui seul a ce droit. Le délai de prescription de l'action en nullité court à partir de la dissolution du mariage; car la prescription ne court pas entre époux (art. 1304, 1309, 2253). (Cass. fr., 26 avril 1869, D., 1869, 1, 246.) Si ce contrat a été suivi de la célébration d'un mariage régulier, quel est l'effet du contrat? Il n'est pas obligatoire, et le mineur peut en demander la rescision (art. 1304); et alors l'association conjugale sera régie par le régime de la communauté légale. (Troplong, n°s 283, 284; Larombière, *Obligations*, sur l'art. 1125, n° 6, et sur l'art. 1309, n° 6; Odier, n° 640.) Toutefois la jurisprudence penche vers le système d'après lequel la nullité du contrat de mariage consenti par le mineur qui n'a pas été dûment autorisé est absolue et peut être opposée par toute personne intéressée à s'en prévaloir. (Rennes, 4 mai 1878, D., 1879, 2, 1, et la note; Limoges, 17 août 1869, D., 1871, 2, 167.)

Mais si, après la célébration du mariage et à une époque où les parties seraient capables de consentir valablement, ce contrat avait reçu une exécution volontaire, il se trouverait validé en

vertu de l'article 1338 (voy. *suprà*, n° 370); il y aurait, de la part de celui qui pouvait l'attaquer, renonciation aux moyens et exceptions qu'il aurait pu y opposer. (Marcadé, art. 1398, n° II; *contrà*, cass. fr., 26 avril 1869, D., 1869, 1, 246.)

Troplong, n° 288, est d'un avis contraire, par le motif que ce serait admettre un changement du contrat de mariage, prohibé par l'article 1395. Mais ce motif est erroné. Car, la confirmation étant fondée sur l'*exécution* volontaire, le contrat, de fait, n'a pas été changé; et en droit il n'y a pas eu de changement non plus, puisque la confirmation a un effet rétroactif (voy. *suprà*, n° 373).

B. *Quant à l'objet.*

498. La loi admet la liberté la plus étendue de régler les conventions matrimoniales. Cette liberté n'a pour limite que la limite générale de la faculté de contracter (art. 6, 1131-1133, 1387); elle souffre en outre quelques restrictions commandées par la nature particulière du mariage, ou par le principe de l'irrévocabilité du contrat de mariage. Mais, de l'autre côté, la loi donne une latitude plus grande en permettant de faire, par contrat de mariage, des conventions interdites de toute autre manière.

La liberté des époux de régler leurs droits matrimoniaux n'existe qu'à l'*égard des biens* (art. 1387). Toutes les conséquences du mariage relatives à l'*état*, à la *capacité* et aux droits *purement personnels* des époux, ou des enfants à naître, sont invariablement réglées par la loi; elles sont d'ordre public.

Nous traiterons d'abord de ce qui peut être stipulé dans le contrat de mariage, ensuite de la manière dont ces stipulations doivent être rédigées.

1. DE CE QUI PEUT ÊTRE STIPULÉ.

499. L'article 1387, après avoir proclamé le principe d'autonomie dans le contrat de mariage, répète la défense de faire des conventions contraires aux bonnes mœurs.

Les articles 1388 et 1389 déterminent plus spécialement

quelles sont les dispositions de la loi auxquelles les époux ne peuvent pas déroger.

« Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant *de la puissance maritale* sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari *comme chef,* ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre *de la Puissance paternelle,* et par le titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation,* ni aux dispositions prohibitives du présent code » (art. 1388).

L'article 1388 distingue donc *trois qualités du mari,* dont chacune produit certains effets déterminés, auxquels il n'est pas permis de déroger.

500. 1° *Le mari a la puissance maritale* (art. 212-226); on ne peut pas y déroger. Ainsi, par exemple, on ne peut pas stipuler que la femme ne sera pas obligée d'habiter avec le mari, ni que le mari sera obligé de suivre sa femme partout où elle jugera à propos de résider; ni que la femme pourra ester en jugement ou donner, aliéner ou hypothéquer sans l'autorisation du mari; ni qu'en cas de dissentiment sur le mariage d'un de leurs enfants, le consentement de la mère suffira (art. 148).

501. 2° *La qualité de chef.* Il s'agit ici des droits résultant de la puissance maritale *sur les biens de la femme ou de la communauté.* On ne peut pas déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme; mais on ne peut pas non plus déroger aux droits que le mari a comme *chef de la société pécuniaire.*

Quelques auteurs, par exemple Toullier, n° 309, Duranton, n° 266, pensent que, par les droits qui *appartiennent au mari comme chef,* il faut entendre ses droits *sur la personne de sa femme et de ses enfants,* et que, par opposition à *ces droits,* les époux sont libres de régler comme ils l'entendent leurs droits respectifs sur leurs biens. Cependant, Toullier n'admet pas non plus que le mari puisse renoncer à l'administration des biens de la communauté, parce que ce droit touche à l'ordre public.

La rédaction de l'article 1388 ainsi que la discussion au conseil d'État ne permettent pas d'entendre par les *droits qui appartiennent au mari comme chef* les mêmes droits que ceux dont il est question dans les mots qui précèdent, les *droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants.* Ce

serait d'abord un pléonasme, et il ne faut pas présumer les mots inutiles dans la loi. Puis ce serait une faute de logique et de langue. Lorsque la prohibition est faite *disjonctivement,* « ou qui appartiennent au mari », on ne peut pas entendre, par les droits mentionnés dans le second membre de la phrase, les mêmes que ceux dont parle le premier. Les discussions au conseil d'État prouvent d'ailleurs clairement que, par les droits qui « appartiennent au mari comme *chef* », on voulait désigner ses droits sur les biens et non son autorité sur les personnes. (Voy. Locré, XIII, 167-171.)

502. Quels sont les droits qui appartiennent au mari comme *chef,* et auxquels on ne peut pas déroger? Il faut distinguer ses droits : *a.* quant à ses propres biens; *b.* quant aux biens propres de la femme; *c.* quant aux biens de la communauté.

a. Quant à ses *propres biens,* toute convention par laquelle il renoncerait à les administrer en tout ou en partie, ou à les aliéner sans l'autorisation de sa femme, serait nulle. Elle renverserait les bases naturelles sur lesquelles le législateur a établi toutes les règles sur le mariage.

b. Quant aux biens propres de la femme, les époux ne peuvent pas convenir que la femme pourrait, sans l'autorisation du mari, aliéner ses immeubles (art. 217, 223, 1538, 1576). Le mari ne peut pas non plus donner à la femme une autorisation générale d'aliéner ses immeubles (art. 1538). Ce serait éluder la loi.

Mais il peut être stipulé, quel que soit d'ailleurs le régime adopté par les époux, que la femme aura l'administration et la jouissance de ses biens meubles et immeubles (art. 1536, 1576). La femme peut aussi avoir la libre disposition de ses effets mobiliers.

c. Quant à la communauté, il n'est pas permis de déroger *au principe* de l'article 1421, qui détermine les attributions du mari comme *chef* et lui donne le pouvoir d'administrer les biens de la communauté et d'en disposer. Ces attributions ne peuvent être données à la femme, ni directement (art. 217), ni indirectement par procuration générale (art. 223). Y déroger, ce serait intervertir les rôles et les positions respectives que le législateur a assignés à l'homme et à la femme dans la société. De plus, en admettant cette dérogation, on ôterait tout sens aux mots

« *qui appartiennent au mari comme chef,* » dans l'article 1388.

On ne peut pas enlever au mari le pouvoir d'*administrer* les biens de la communauté. Car, l'enlever au mari, ce serait le donner à la femme; puisque ce pouvoir, pour autant qu'il a le même objet, ne peut pas appartenir à tous les deux : la volonté de l'un pourrait entraver tout acte d'administration ou de disposition de la part de l'autre. *In pari causa melior est conditio contradicentis.* Et, en cas de dissentiment passager ou permanent sur l'administration de la communauté, il n'y aurait aucun moyen légal d'y mettre un terme. Dans la société ordinaire, ce serait une cause de dissolution; mais la communauté, excepté dans les cas prévus par la loi, est indissoluble. Ce dissentiment pourrait avoir pour résultat que les biens ne fussent pas administrés du tout et qu'ils ne portassent aucun fruit.

Mais il ne faut pas en conclure que l'on ne puisse apporter *aucune* modification à l'article 1421.

503. Pourrait-on convenir que le mari ne pourrait pas aliéner les immeubles de la communauté sans le consentement de sa femme? ou bien que ces immeubles seraient inaliénables? Toullier, n° 372, et Duranton, n° 266, se prononcent pour l'affirmative; Marcadé, art. 1388, n° 6, pour la négative.

La première opinion est préférable; car les dispositions matérielles que la loi permet d'adopter, sous un régime quelconque, ne sont pas contraires à l'ordre public. Or, sous le régime *dotal,* le mari seul a l'administration des biens dotaux; cependant les biens dotaux sont inaliénables.

Si l'on peut stipuler l'inaliénabilité, on peut aussi stipuler que l'aliénabilité dépendra du consentement de la femme, ou qu'elle sera subordonnée à d'autres conditions. (Paris, 30 mai 1835 et Cass. fr., 24 août 1836) On pourrait dire tout au plus que, dans ce cas, le régime adopté par les époux n'est plus le véritable régime de communauté.

504. 3° *Le mari a la puissance paternelle* (art. 1388). La rédaction de cet article est incomplète, en ce qu'elle défend seulement de déroger aux droits conférés au *survivant* des époux, et à ceux conférés par le titre *de la Puissance paternelle,* et par le titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation.* Il n'est pas permis de déroger aux droits résultant de la puissance paternelle

conférés dans d'autres titres, par exemple par les articles 148-154, 346.

505. Les futurs époux peuvent-ils renoncer à la jouissance légale des biens de leurs enfants âgés de moins de dix-huit ans (articles 384-387)?

Les auteurs qui se prononcent pour la négative considèrent l'usufruit légal comme un attribut de la puissance paternelle, auquel il n'est pas permis de renoncer. (Toullier, n° 15; Marcadé, art. 1388, n° 7.)

Zachariæ est d'avis que l'on peut y renoncer et que cette renonciation n'a rien de contraire à l'ordre public (art. 387 et 900). Cette opinion est juste; car s'il est permis aux *tiers* de faire aux enfants une donation sous la condition que les père et mère n'en auront pas la jouissance, il est évident que cette jouissance n'est pas un attribut essentiel de la puissance paternelle; qu'elle ne concerne que les intérêts *purement pécuniaires* des époux, et qu'il doit leur être permis d'y renoncer. Le texte de l'article 1388 ne fait pas obstacle à cette opinion; car il a été démontré que la rédaction en est vicieuse et que l'on ne peut pas l'observer à la lettre.

506. Les époux ne peuvent pas déroger, par le contrat de mariage, aux *dispositions prohibitives* du code.

Cette règle est commune à toutes les conventions. L'effet d'une contravention aux dispositions prohibitives n'est pas toujours le même. Quelquefois une semblable stipulation est frappée de nullité absolue, par exemple toute convention sur une succession future (art. 791 et 1130); quelquefois elle n'est valable que dans certaines limites, par exemple une donation excédant la quotité disponible (art. 1098).

Les principales dispositions prohibitives auxquelles il n'est pas permis de déroger sont celles des articles 791 et 1130, 1097 et 1098, 1389, 1399, 1422, 1453, 1521 et 1538.

Il y a d'autres dispositions qui ne sont pas conçues dans une forme prohibitive, mais auxquelles il n'est pas permis de déroger. Ainsi la renonciation de la femme à la faculté de provoquer la séparation de biens est nulle (art. 1443, 1563); de même la convention que la séparation de corps n'emportera pas séparation de biens (art. 311, 1441, alin. 5); de même la convention

que les donations faites pendant le mariage ne seront pas révocables (art. 1096).

507. Les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux; sans préjudice des donations entre-vifs ou testamentaires qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le code (art. 1389; Cass. fr., 10 mars 1869, D., 1869, 1, 336).

Cette règle est une application des articles 1130 et 791. Comme sous le code, sous l'ancienne jurisprudence française il était défendu de faire aucune convention sur la succession d'une personne vivante. Mais on avait admis à ce principe deux exceptions : l'une permettait aux parents des époux et même aux étrangers de disposer, par contrat de mariage, de tout ou de partie des biens qu'ils laisseraient à leur décès, tant au profit des futurs époux que des enfants à naître de leur mariage. Cette exception a été conservée par le code (art. 1082). L'autre exception permettait, dans les contrats de mariage, la convention par laquelle les filles, même mineures, pouvaient, moyennant une dot, renoncer, en faveur des autres enfants ou de l'un d'eux (le plus souvent l'aîné), à la succession future de leurs père et mère. Ce genre de convention est proscrit par cet article. (Voy. *suprà*, n° 84.)

Il suit de l'article 1389 que la clause *d'affrérissement* (*unio prolium*), usitée, d'après quelques anciennes coutumes, en cas de secondes noces, et qui avait pour effet de faire succéder les enfants issus de lits différents de la même manière aux biens des deux époux, n'est plus permise aujourd'hui.

2. DE LA MANIÈRE DONT LES STIPULATIONS DU CONTRAT DE MARIAGE DOIVENT ÊTRE RÉDIGÉES.

508. Les époux ne peuvent plus stipuler *d'une manière générale* que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogés par le code (art. 1390). Cette disposition n'a pas pour but de restreindre la faculté des époux de régler leurs conventions *quant à la matière*, mais seule-

ment *quant à la forme*. Les époux peuvent adopter dans leur contrat toutes les règles d'une ancienne coutume ou loi, pourvu qu'ils en transcrivent le texte dans le contrat même et que ces dispositions ne soient pas contraires aux articles 1387-1389.

Le motif de l'article 1390, c'est de ne pas perpétuer l'existence des anciennes lois et coutumes. S'il avait été permis de s'y référer d'une manière générale, il aurait fallu recourir à ces coutumes pour trouver la pensée des époux; il aurait donc fallu en conserver les textes pour les étudier et les discuter comme des lois encore existantes. Au lieu d'être simplifiée, la législation aurait été plus compliquée; il aurait fallu étudier à la fois le droit qui a existé et le droit qui existe. (Séance du conseil d'État du 6 vendémiaire an XII, n° 7, Locré, XIII, 158-161).

Les anciennes coutumes peuvent avoir encore une valeur doctrinale, pour interpréter le contrat de mariage des époux vivant dans les pays où elles étaient autrefois en vigueur.

509. Toullier, t. XIV, n° 7, note 1, pense que l'on peut, pour l'exécution d'une clause insérée dans le contrat de mariage, se référer *spécialement à tel article* des anciennes coutumes, par exemple pour le remploi, pour l'usufruit, même sans transcrire l'article dans le contrat. Mais si cette opinion était admise, le but de la loi serait manqué, et tous les inconvénients signalés au numéro précédent, et qu'elle a voulu prévenir, renaîtraient. Tout *renvoi* à une disposition des anciennes coutumes, si elle n'est pas transcrite dans le contrat de mariage, doit être considéré comme non écrit. (Colmet de Santerre, t. V, n° 7 *bis* I.)

510. Mais les époux peuvent déclarer, d'une manière générale, qu'ils entendent se marier ou sous le régime de la communauté, ou sous le régime dotal. Au premier cas, et, sous le régime de la communauté, les droits des époux et de leurs héritiers seront réglés par les dispositions du chapitre II du présent titre. Au deuxième cas, et sous le régime dotal, leurs droits seront réglés par les dispositions du chapitre III (art. 1391, et *suprà*, n° 489). Cette disposition n'est pas limitative. Les époux peuvent déclarer d'une manière générale, et par un renvoi pur et simple, non-seulement qu'ils veulent se marier, ou sous le régime de la communauté, ou sous le régime dotal, mais encore qu'ils entendent se marier sous le régime d'une des communautés conventionnelles

expliquées dans la deuxième partie du II[e] chapitre, ou *sans communauté* (art. 1529-1535), ou *avec séparation de biens* (art. 1536-1539).

C. *Quant à la forme.*

511. Toutes conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, avec minute, dans la forme prescrite par la loi du 25 ventôse an XI pour actes notariés (art. 1394, 1397). Cette règle doit être observée *sous peine de nullité* de toutes les stipulations quelconques contenues dans le contrat de mariage. La solennité de la forme est un des éléments substantiels du contrat même. Cette authenticité a un triple motif, d'abord de mettre l'existence du contrat de mariage hors de doute, en le *plaçant à l'abri des vérifications d'écritures*, souvent conjecturales ; puis *d'empêcher des fraudes envers les tiers*, dont le passé offrait beaucoup d'exemples ; enfin, de prévenir la précipitation et les surprises, par la nécessité de la forme solennelle. L'authenticité est prescrite aussi pour garantir l'immutabilité du contrat de mariage. (Voy. *infrà*, n° 515 ; Berlier, dans l'Exposé de motifs, n° 8 ; Siméon, discours au Corps législatif, n° 14, Locré, XIII, 277, 453.)

Il a été jugé, à tort, qu'un contrat de mariage, passé sous seing privé et déposé chez un notaire, avec acte de dépôt contenant la déclaration des parties à l'effet de confirmer les conventions renfermées dans l'acte déposé, est valable. (Rouen, 11 janvier 1826.)

D'après la loi **française** du 10 juillet 1850, les dispositions suivantes ont été ajoutées à l'article 1394 :

« Le notaire donnera lecture aux parties du dernier alinéa de l'article 1391 (c'est-à-dire de celui relatif à la publicité, et qui a été décrété en vertu de cette même loi ; voy., *infrà*, le n° 513), ainsi que du dernier alinéa du présent article. Mention de cette lecture sera faite dans le contrat, à peine de dix francs d'amende contre le notaire contrevenant.

« Le notaire délivrera aux parties, au moment de la signature du contrat, un certificat sur papier libre et sans frais, énonçant ses noms et lieu de résidence, les noms, prénoms, qualités et

demeures des futurs époux, ainsi que la date du contrat. Ce certificat indiquera qu'il doit être remis à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage. »

512. Si l'un des époux est commerçant, un extrait du contrat de mariage doit être rendu public par affiche aux greffes et chambres désignés par l'article 872 du code de procédure (C. comm., art. 67-70; loi **belge** du 15 décembre 1872, art. 12-14). Mais le défaut de cette publication ne préjudicie pas à l'effet du contrat *entre les époux;* il entraîne des pénalités pour le notaire et peut enlever au contrat ses effets à l'égard des tiers. (Cass. fr., 20 avril 1869, D., 1870, 1, 99.)

513. Le tiers qui a l'intention de traiter avec des époux ou avec l'un d'eux peut avoir intérêt à savoir s'ils ont fait un contrat de mariage et quelles en sont les stipulations. Sous le code civil, il n'avait aucun moyen de se procurer une certitude à ce sujet; il était réduit à s'en référer aux déclarations des époux intéressés, peut-être, à le tromper. Aujourd'hui, les deux législations ont comblé cette lacune, en ordonnant que l'acte de célébration du mariage mentionne si les époux ont fait ou non un contrat de mariage. (Voy. t. I, n° 319, 10°.)

La loi **française** du 10 juillet 1850 a prescrit en outre d'ajouter à l'article 1391 la disposition suivante (voy. n° 511):

« Toutefois si l'acte de célébration du mariage porte que les époux se sont mariés sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage. »

La loi **belge** du 16 décembre 1851, article II additionnel, porte une disposition identique, en prescrivant que « l'acte de célébration du mariage doit énoncer la date des conventions matrimoniales des époux et l'indication du notaire qui les a reçues; que faute de quoi les clauses dérogatoires au droit commun ne pourront être opposées aux tiers qui ont contracté avec les époux dans l'ignorance des conventions matrimoniales ».

514. L'article 1394 n'enlève pas leur effet aux contrats de mariage antérieurs à la publication du code, faits par acte sous seing privé, dans les pays où ce contrat pouvait être valablement fait en cette forme, par exemple dans la Normandie, dans le

Poitou, dans l'Alsace, sous l'empire de la coutume de Bruxelles. Ces contrats sont valables, quand même le mariage n'aurait été *célébré* que postérieurement à la publication du code.

D. *Quant à l'époque à laquelle le contrat doit être fait.*

1. OBSERVATIONS HISTORIQUES ET RÈGLES GÉNÉRALES.

515. Toutes conventions matrimoniales seront rédigées *avant* le mariage. Elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage (art. 1394, 1395).

Cette disposition n'est pas commandée *à priori* par une nécessité juridique; elle ne résulte pas d'une manière absolue de la nature du contrat de mariage, et elle est contraire au droit romain, qui permettait des conventions matrimoniales après la célébration. « *Pacisci post nuptias, etiamsi nihil ante convenerit, licet* »; dit le fr. 1 pr., D., *De pactis dotalibus*, 23, 4, d'accord avec le fr. 26, § 2, *eod.* L'ancienne jurisprudence française n'avait pas admis cette règle du droit romain; dans les pays du droit écrit, comme dans les pays de coutumes, toutes les stipulations matrimoniales devaient nécessairement *précéder* le mariage. Les motifs que les anciens auteurs assignent à cette règle, c'est que le contrat de mariage est censé intervenu non-seulement entre les deux conjoints, mais entre leurs familles respectives, lesquelles avaient intérêt à ce que les clauses n'en fussent pas changées, et que les biens d'une famille ne passassent, par ce moyen, dans l'autre. Cette règle avait donc le même but que la maxime coutumière en matière de succession : *Paterna paternis, materna maternis.* (Pothier, *Tr. des donations entre mari et femme*, n° 27.)

En **Belgique**, plusieurs coutumes permettaient de changer le contrat de mariage après la célébration, par exemple celle de Bruxelles (art. 245). (Voy. jugement du tribunal civil de Bruxelles, du 26 déc. 1866, B. J., t. 25, 148.)

516. Les rédacteurs du code civil donnent pour motif de cette règle les dangers de fraude auxquels les tiers seraient exposés, si les époux pouvaient changer leurs conventions matrimoniales. Mais il est évident que ce n'est pas là le seul motif, quelque important qu'il soit. Le contrat de mariage, en effet,

n'intéresse pas seulement les époux, mais tous ceux qui y ont été parties : les parents, les donateurs et les enfants à naître du mariage. Les époux seuls ne peuvent pas modifier une convention souvent complexe, qui ne les intéresse pas seuls. Un autre motif, c'est d'éviter les causes de désunion et les obsessions entre les époux en vue d'un changement du contrat de mariage, dont pourraient dépendre des spéculations intéressées.

517. La règle énoncée au n° 515 doit être observée sous peine de nullité, bien que la loi ne le dise pas expressément. Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Toullier, n[os] 24 à 41, admet à tort la validité des conventions matrimoniales faites après la célébration, sous la condition de la révocabilité. (Paris, 9 août 1870, D., 1871, 2, 113; Cass. fr., 4 déc. 1867, D., 1867, 1, 455.)

Il suit de cette prohibition que toute réserve faite par les époux de pouvoir changer leur contrat de mariage, après la célébration, serait sans effet.

518. Il résulte de l'irrévocabilité du contrat de mariage qu'aucun des deux époux ne peut faire des dispositions soit entre-vifs, soit à cause de mort, qui apporteraient un changement à une des clauses du contrat de mariage. Mariés sous le régime dotal, ils ne pourraient plus, après la célébration, stipuler une communauté d'acquêts. Ainsi, ils ne peuvent pas substituer un autre régime des biens à celui sous lequel ils se sont mariés; ils ne peuvent pas changer les donations qu'ils se sont faites entre-vifs ou pour le cas de décès. Par la même raison, les époux qui ont stipulé, dans leur contrat de mariage, que le survivant aurait la totalité de la communauté mobilière, à charge d'en payer les dettes, ne peuvent pas, dans un acte de prêt fait pendant le mariage, stipuler valablement que le capital prêté serait considéré, quant à eux, comme un immeuble fictif. (Brux., 21 nov. 1849, B. J., t. 9, 369; P., 1850, 148.) L'article 1396 atteint les modifications pratiquées même par voie indirecte, entre le contrat et la célébration; par exemple, après stipulation de la communauté universelle, l'un des époux cède, moyennant une rente viagère, la part qu'il a dans la succession de sa mère, non encore liquidée. Cette cession est nulle. (Gand, 27 déc. 1867, B. J., t. 26, 679.)

C'est par le même motif d'irrévocabilité du contrat de mariage que toute société contractée entre un mari et sa femme est radicalement nulle. (Paris, 24 mars 1870, D., 1872, 2, 43.)

Mais le principe de l'irrévocabilité du contrat de mariage n'est pas un obstacle à ce que des tiers fassent, pendant le mariage, des donations à l'un ou à l'autre des époux, ni à ce que les époux fassent, par donation entre-vifs pendant le mariage (art. 1096) ou par acte de dernière volonté, des avantages *au delà* des dispositions arrêtées par ce contrat.

519. Une *clause explicative* ou une *convention interprétative* du contrat de mariage n'a qu'une valeur doctrinale, qui ne lie pas le juge. Elle n'a aucun effet, si elle tend à donner au contrat un sens qu'il n'a pas naturellement, ou si elle contient, sous prétexte d'interprétation, une clause *nouvelle*. Par exemple les époux se sont mariés sous le régime exclusif de communauté; dans une convention explicative ils déclarent qu'en adoptant ce régime, ils ont entendu stipuler la séparation de biens. Cette dernière convention est sans valeur.

2. DES CHANGEMENTS FAITS AU CONTRAT DE MARIAGE AVANT LA CÉLÉBRATION (art. 1396, 1397).

520. Toute convention quelconque qui modifie les droits respectifs des époux sur leurs biens, dans l'intervalle entre le premier contrat et la célébration, soit d'une manière directe, soit d'une manière indirecte, est un changement ou une contre-lettre. Les *changements* comprennent aussi les *contre-lettres*. Le mot « changement » indique le genre, dont la contre-lettre est une espèce; cette dernière est une déclaration portant qu'une des clauses du contrat n'est pas sérieuse, qu'elle renferme donc une inexactitude préméditée.

Les changements qui ne pourraient *plus* être faits *après* la célébration du mariage ne peuvent être faits *avant* la célébration sans que les conditions suivantes soient observées. (Voy. n° 518.)

521. Pour être valables à l'égard de tout le monde, les changements apportés au contrat de mariage doivent : 1° être faits par acte authentique, passé devant *le même notaire* qui a fait le premier contrat de mariage, ou devant son successeur qui garde les minutes du premier; cela résulte des mots : *s'ils n'ont été rédi-*

gés à la suite de la minute (art. 1397) ; 2° il faut la *présence* et le *consentement simultané* de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage (art. 1396). On entend par *parties* : 1° les époux ; 2° les personnes dont le *consentement* et l'*assistance* sont nécessaires dans le cas où l'un des époux est mineur (voy. n°s 493-495) ; 3° les personnes qui ont pris un intérêt pécuniaire au mariage, c'est-à-dire qui ont fait au profit des époux, ou de l'un d'eux, ou des enfants à naître (voy. art. 1081-1090), une donation, promesse ou renonciation quelconque.

522. Suivant quelques auteurs, par exemple Duranton, n° 57, la présence des ascendants, dont le consentement est requis pour la validité du mariage, est nécessaire pour les changements lorsque ces ascendants sont intervenus dans le premier contrat, quand même ils n'auraient fait ni donation, ni promesse, ni constitution de dot. Cette opinion est fondée sur ce que les ascendants n'auraient peut-être pas consenti au mariage même, si les époux n'avaient pas adopté la convention dans laquelle ils sont intervenus, et que la loi ne doit pas fournir aux époux un moyen de changer leur contrat à l'insu de ceux dont le consentement est subordonné à ce contrat. Pothier et l'ancienne jurisprudence se prononcent dans le même sens. Aujourd'hui les parents trouvent une garantie contre l'inconvénient signalé par Duranton dans la disposition des lois mentionnées au n° 513.

Ces raisons d'utilité, qui ne sont pas sans valeur, ne peuvent cependant pas prévaloir sur les principes juridiques. Le *contrat* de mariage et le mariage sont distincts. Le consentement des ascendants au contrat de mariage n'est pas requis. Leur intervention purement volontaire dans ce contrat ne leur donne pas la qualité de *parties* dans le sens de la loi. Berlier, au conseil d'État, a pris ce mot dans le même sens en disant que « lorsqu'on a exigé le consentement simultané de toutes les parties *qui ont stipulé en cette qualité dans le contrat*, l'on a bien entendu appliquer cette disposition à tous les donateurs, même étrangers à la famille. » (Séance du 6 vendémiaire an XII, n° 12, Locré, XIII, 173.)

La présence et le consentement des parents qui ont assisté au premier contrat *honoris causâ* ne sont pas nécessaires.

523. Les parties doivent être *présentes* en *personne* ou par

mandataire. (Voy. n° 495.) Il ne suffit pas de les *appeler;* il faut qu'elles *assistent* et qu'elles consentent toutes *simultanément* aux changements. « Qui ne sent d'ailleurs la corrélation et l'indivisibilité qui existent en cette matière? » disait Berlier au conseil d'État. « Le mari reçoit vingt mille francs d'une personne qui peut-être ne les lui eût pas donnés, si pareil avantage n'avait été fait à la femme par une autre personne; s'il était permis de révoquer ou de modifier cette dernière disposition sans que l'auteur de la première fût présent, ne serait-ce pas souvent une fraude envers lui? Il faut donc, en cas de changements, que toutes les parties y concourent, et les donateurs, quels qu'ils soient, ne sauraient être considérés comme des tiers ou de simples témoins. » Séance du 6 vendémiaire an XII, n° 12 (Locré, XIII, 173). Si l'une des parties, dont la présence et le consentement sont nécessaires aux changements du contrat de mariage, refuse d'y consentir, les futurs époux doivent, ou renoncer au changement, ou faire un contrat *nouveau.* Les tiers donateurs peuvent refuser toute intervention dans ce contrat. Ils ne sont plus liés par leurs promesses si les époux changent leur contrat.

524. Effet du contrat, si les changements ont été faits sans l'observation des règles indiquées au n° 521. Il faut distinguer :

1° Si le nouveau contrat n'a pas été fait devant notaire, *l'acte qui contient les changements* est absolument nul et ne produit de l'effet à l'égard de personne : le premier contrat subsiste en entier.

2° Si les personnes dont la présence et le consentement sont nécessaires aux changements n'ont pas assisté et consenti, la nullité du changement est relative; elle peut être opposée par ceux dont le consentement et l'assistance étaient nécessaires, ainsi que par l'époux, qui a consenti au changement sans le consentement de ces personnes. (Gand, 27 déc. 1867, B. J., t. 26, 679.)

3° Si les deux règles mentionnées aux n°s 1 et 2 ont été observées, le contrat nouveau produit ses effets à l'égard de tous ceux qui y ont concouru.

4° Quant aux *tiers,* le nouveau contrat n'a de l'effet qu'autant que les règles mentionnées sous le n° 1 ont été observées et *qu'il a été rédigé à la suite de la minute du premier contrat de mariage.*

S'il en est ainsi, le contrat produit son effet, quand même le

notaire aurait délivré aux tiers des grosses ou expéditions à la suite desquelles le changement n'aurait pas été transcrit, sauf les pénalités et l'action en dommages-intérêts contre le notaire.

D'après les lois citées au n° 513, il faut, de plus, que *l'acte de mariage* fasse mention de la date du contrat de mariage, de tous les changements qu'il a reçus, et du notaire qui l'a rédigé.

Si ces deux règles n'ont pas été observées, le contrat a néanmoins de l'effet entre les époux et leurs ayants cause.

Par *tiers* dans l'article 1397 il faut entendre en général tous ceux qui ont traité avec les époux ou avec l'un d'eux, sur la foi du contrat primitif; par exemple l'acheteur d'un immeuble ameubli par le premier contrat, mais rendu propre par le second, ou d'un paraphernal, stipulé plus tard dotal.

III. DE L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT DE MARIAGE ET DU TERME « DOT ».

525. Les époux peuvent adopter tel régime du code qu'ils veulent. Ils peuvent aussi combiner plusieurs régimes, adopter quelques dispositions de l'un et quelques dispositions de l'autre (art. 1387, 1391, 1497, 1527).

Si les époux sont mariés sous un des régimes déterminés par le code, le contrat doit être interprété d'après les règles que la loi trace *sur ce régime* (art. 1391).

Toute dérogation à la communauté légale doit être formellement exprimée et prouvée.

Lorsque les époux n'ont pas formellement adopté un des régimes expliqués par le code et qu'ils ont fait seulement quelques conventions dérogatoires, ils sont censés s'être soumis aux règles sur la communauté légale pour tous les points qu'ils n'ont pas réglés par leur contrat. Dans le doute, on présume pour le régime qui s'écarte le moins de la communauté légale. On présume contre le régime dotal, parce qu'il s'écarte le plus du droit commun, en ce qu'il frappe d'*inaliénabilité* les immeubles de la femme. Il faut qu'il soit formellement et clairement exprimé que les époux se soumettent à ce régime; mais des termes sacramentels ne sont pas nécessaires (art. 1392, 1393, 1528).

526. La déclaration que la femme se constitue ou qu'il lui est constitué des biens *en dot* ne suffit pas pour soumettre ces biens au régime *dotal*. Car la *dot*, d'après le sens que ce mot a dans le monde, parmi les jurisconsultes et dans la pensée du législateur lui-même, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage, sous quelque régime que les époux se marient (art. 1540).

Sous le régime de la communauté, la dot de la femme est ordinairement appelée *apport*. Sous le régime dotal, les biens que la femme n'apporte pas à son mari, et dont ce dernier n'a pas l'administration et la jouissance, sont appelés *paraphernaux*.

Par *biens propres* ou *personnels* des époux on entend ordinairement ceux qui ne tombent pas dans la communauté, mais dont elle a seulement la jouissance. Ils sont compris sous la dénomination de la *dot*, ce mot pris dans son sens vulgaire.

IV. DU POINT INITIAL DU CONTRAT DE MARIAGE (art. 1399).

527. L'article 1399 du code dit : « La communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence du jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil : on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque. » Cette règle, bien que placée dans le chapitre qui traite du *Régime en communauté*, s'applique à tous les régimes matrimoniaux quelconques.

Sous l'ancien droit, il y avait souvent controverse sur le point initial du contrat de mariage, et particulièrement de la communauté. Les dispositions coutumières variaient; suivant quelques coutumes, elle ne commençait que le *lendemain* de la célébration, parce que le mariage n'était censé consommé qu'après la cohabitation des époux. D'après d'autres coutumes, par exemple celle de Bretagne, article 424, elle ne commençait que de l'an et jour après le mariage, et avait alors un effet rétroactif au jour du mariage; mais si l'un des époux venait à décéder avant l'expiration de l'année, la communauté n'avait point existé. Le système le plus répandu était celui des coutumes de Paris, article 220, et d'Orléans, article 186, qui faisaient commencer la communauté « *du jour des épousailles et bénédiction nuptiale.* » C'est le système que le code a adopté.

Mais le contrat de mariage ne commence pas seulement à l'*heure* de la célébration; le jour de la célébration tout entier est un jour de communauté, ou régi par le contrat que les époux ont conclu.

Il suit de cette règle que si le mariage est nul, le contrat n'a jamais eu d'effet. (Voy. n° 491.)

Le régime adopté par les époux ne peut pas être stipulé avec un terme, ni *à quo* ni *ad quem* (arg. art. 1395).

528. Peut-on stipuler un régime matrimonial sous une condition, soit suspensive, soit résolutoire?

Duranton, n°s 97 et 98, se prononce pour l'affirmative, mais il n'admet pas la condition potestative de la part de l'un des époux. Toullier, n°s 83 et 84, est du même avis, en admettant même la condition potestative. M. Colmet de Santerre admet indistinctement le contrat de mariage conditionnel (t. VI, n° 16 *bis*, II, III, IV).

Marcadé, article 1399, n°s 2-4, et Troplong, *Contrat de mariage*, n°s 331-332, soutiennent avec raison la négative. Car, bien que la condition ait un effet rétroactif; que la communauté conditionnellement stipulée soit censée avoir commencé du jour du mariage, et que, *juridiquement*, il n'y ait eu qu'*un seul régime*, il n'en est pas moins vrai qu'*en fait* il y a eu deux régimes différents, et que tous les inconvénients de la variation des régimes, que l'article 1395 a voulu prévenir pour toujours, existeront. Le contrat de mariage est destiné à régler les rapports pécuniaires, journaliers et actuels entre les époux. L'administration des biens des époux ne peut pas rester en suspens jusqu'à ce qu'un événement arrive ou qu'il soit certain qu'il n'arrivera pas; elle demande une gestion actuelle. Qui la fera? Qui fera les aliénations, s'il y a lieu? Celui qui pourra faire ces actes au commencement du mariage, doit aussi pouvoir les faire plus tard, sinon il y a changement de régime, défendu par l'article 1395. D'ailleurs, il serait difficile de dire quel serait le régime intermédiaire depuis le mariage jusqu'à l'accomplissement de la condition. (Cologne, 30 juillet 1857, B. J., 15, 690; Cass. fr., 15 mai 1878, D., 1878, 1, 294.)

Il s'ensuit que, lorsque des clauses de cette nature se rencontrent dans un contrat de mariage, les époux ont été mariés sous le régime de la communauté légale.

CHAPITRE II.

DU RÉGIME EN COMMUNAUTÉ.

I. INTRODUCTION HISTORIQUE.

529. Il est difficile de préciser l'époque à laquelle la communauté entre époux s'est introduite en France. Elle existait longtemps avant la rédaction des coutumes, dont les dispositions ont sanctionné un droit déjà pratiqué, plutôt qu'elles n'ont établi un droit nouveau. La communauté est-elle un reste de l'ancien droit gaulois, est-elle d'origine romaine, ou bien faut-il en chercher la source dans les usages des peuplades germaniques ?

530. Ceux qui font remonter la communauté aux anciens Gaulois se fondent sur un passage de Jules César, *De bello gallico*, 6, 19, ainsi conçu : « *Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis, æstimatione facta, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur fructusque servantur; uter eorum vita supererit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit.* » Mais, en prenant à la lettre ce passage isolé et assez obscur, on doit reconnaître que cet usage diffère beaucoup du régime en communauté. Le mari et la femme forment un fonds, auquel ils apportent chacun une mise égale; les fruits de ce fonds sont accumulés, et le survivant des époux gagne le tout, capital et fruits. On serait plutôt tenté de comparer cet usage à une assurance de la vie qu'au régime de communauté.

Au surplus, d'autres raisons graves repoussent cette hypothèse. Nous disons avec Troplong : « Si la communauté était un de ces débris vivaces du droit celtique, pourquoi ne se serait-elle maintenue que dans les pays coutumiers ? Pourquoi pas aussi dans les pays du Centre et du Midi ? Pour quelle raison aurait-elle absolument péri ici, tandis que là elle aurait poussé des racines qui auraient étouffé le régime dotal ? » *Contrat de mariage, Préface;* éd. belge, p. xxx. Enfin, un autre phénomène rend cette

opinion inadmissible La communauté de biens est au moins aussi générale en Allemagne qu'elle l'était autrefois en France, et là, certes, on ne peut pas l'attacher au droit celtique ou gaulois.

531. Peut-on, avec plus de vraisemblance, assigner à la communauté une origine romaine ?

Nous avons dit que les Romains se mariaient sous le régime dotal; que la femme apportait au mari des biens (la dot) dont ce dernier avait l'administration et la jouissance pour faire face aux charges du mariage, et qu'il devait rendre à sa femme ou à ses héritiers après la dissolution du mariage; que les époux conservaient sur tous leurs autres biens les mêmes droits que s'ils n'étaient pas mariés. De là il résultait que si le mari avait, par son travail ou par ses économies, accumulé une fortune, elle lui appartenait exclusivement, et que sa femme n'y avait aucune part ; que le droit de celle-ci se bornait à la restitution de sa dot. (Voy. n° 486.)

Mais les Romains n'admettaient pas le principe de l'immutabilité du contrat de mariage. Sauf quelques exceptions, les époux pouvaient former entre eux toutes espèces de conventions, que des personnes étrangères l'une à l'autre pouvaient faire. Ainsi, à côté du régime dotal, ils pouvaient établir entre eux une société ou communauté soit de tous les biens, soit de quelques-uns de leurs biens, par exemple des acquêts. Nos sources nous en fournissent les témoignages les moins équivoqnes. Leur définition du mariage : *Consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio,* semble même impliquer l'idée d'une communauté de biens plutôt que tout autre régime. Fr. 1, D., *De ritu nuptiarum,* 23, 2. Le fr. 32, § 24, D., *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1, dit que la société formée entre époux, *dans le but de déguiser une libéralité, est nulle,* signe évident qu'elle est valable si elle n'a pas ce but prohibé. Le fr. 17, § 1, D., *Soluto matrimonio,* 24, 3, donne à la femme le droit d'opposer le *beneficium competentiæ* si elle a été associée avec son mari et qu'elle se trouve dans l'impossibilité de payer la dot promise. Le fr. 16, § 3, D., *De alimentis vel cibariis legatis,* 34, 1, statue dans une hypothèse où le mari et la femme ont eu entre eux pendant quarante ans et jusqu'à la dissolution du mariage une société de tous les biens (*societas omnium bonorum*). Enfin la loi 8, C., *De pactis conventis,*

5, 14, donnée par les empereurs Théodose et Valentinien, dit qu'il n'y a aucune communauté entre les époux quant aux biens *paraphernaux,* bien qu'il soit convenable que la femme, qui donne au mari sa personne, lui laisse aussi l'administration de ses biens suivant son gré (*pari arbitrio*).

532. Bien qu'il résulte de ces diverses dispositions qu'il n'était pas défendu d'établir entre les époux une société ou communauté, même de tous leurs biens, le régime de la communauté n'était pourtant pas dans les mœurs des Romains ; ils se mariaient habituellement sous le régime dotal. Si le système de communauté eût été plus usuel, nul doute que nos sources du droit romain, qui renferment des dispositions si nombreuses et si détaillées sur le régime dotal et sur tous les rapports pécuniaires entre les époux, ne nous en eussent aussi transmis les règles organiques, dont cependant on ne trouve pas de traces. En outre, il est impossible de concilier cette hypothèse avec un autre fait historique. La communauté de biens, d'origine romaine, serait tombée en désuétude et aurait été remplacée par le régime dotal précisément dans les parties de la France où la race romaine est l'élément prédominant de la population, tandis qu'elle se serait maintenue dans les contrées où les peuplades franques et germaniques se sont assises et ont pris une influence décisive.

533. Une autre opinion considère la communauté entre époux comme une institution d'origine toute française, née du goût général que le moyen âge avait pour les associations, et se rattachant aux communautés de serfs et gens de mainmorte, par lesquelles les membres d'une même famille servile vivaient en société perpétuelle sur le domaine qu'ils tenaient du seigneur, y formaient une espèce de corps moral entretenu de lui-même par subrogation de personnes, mettant en commun leurs meubles et conquêts, demeurant et vivant dans le même ménage, du même pain et sel, travaillant ensemble et mêlant les bénéfices de leur industrie. « Ces associations », dit Troplong, le plus récent défenseur de cette opinion, « que les auteurs du XVIe siècle appellent quelquefois des *fraternités,* pour peindre le sentiment de famille qui les anime, furent très-utiles au progrès de la classe servile ; elles montrent surtout la direction de l'esprit de famille vers la communauté et l'association. Ce n'est pas tout : dans les

familles libres, il suffisait que deux frères, majeurs de vingt ans, eussent demeuré en ménage commun par an et jour, tenant leurs biens ensemble, et se faisant communication des gains, pour que la coutume présumât entre eux une communauté tacite et paisible. Ces communautés étaient répandues presque partout dans les campagnes, où la culture sentait davantage le besoin de communs efforts. On les voit en pleine vigueur, à Paris, à la fin du XIII[e] siècle.

« Quand les mœurs présument et multiplient à ce point la communauté tacite entre frères, combien à plus forte raison entre mari et femme, qui, à la communauté d'habitation, de ménage et de travaux, joignent celle du lit nuptial et le lien d'une affection indissoluble. La communauté entre mari et femme, qui est la plus naturelle de toutes, était aussi la plus logique parmi celles que le moyen âge favorisait.

« Dans les pays coutumiers, la grande masse de la population était serve d'origine; c'était du sein de la mainmorte que sortaient successivement, et peu à peu, les familles qui, après avoir obtenu ou conquis leur liberté, recrutaient les classes libres des campagnes et les bourgeoisies des villes. » *Contrat de mariage, Préface,* éd. belge, p. XXXVI-XXXVIII.

534. Sans doute, il existe une liaison entre les diverses associations et communautés que le moyen âge a enfantées, et dont plusieurs procèdent du même esprit. Il est probable et conforme au cours naturel des choses que les jurisconsultes ont, pour le développement juridique de la communauté entre époux, emprunté des règles à des associations analogues et même au droit romain. La communauté de biens s'est même développée en France autrement qu'en Allemagne, et elle se distingue en plusieurs points essentiels de la communauté du droit allemand.

Mais on ne saurait méconnaître un grand fait significatif, c'est que la communauté est et a été en vigueur précisément dans les pays où la race germanique prédomine ou a prédominé dans la composition de la population, et qu'elle n'était pas usitée chez les peuples appartenant à la race romane. C'est là un des indices les moins équivoques de son origine germanique.

Il n'y a pas de documents positifs qui prouvent comment la communauté s'est formée, comment elle s'est développée et à

quelle époque elle s'est répandue; mais nous exposerons sur ces questions l'opinion qui a le plus de probabilité.

535. Dans le principe, paraît-il, les patrimoines des époux étaient séparés chez les nations germaniques. Mais la *personne* de la femme était placée sous la puissance de son mari. Par le mariage, la femme sortait de la puissance de son père ou de ses parents, et elle entrait sous celle de son mari. En vertu de cette puissance, appelée *mundium*, le mari représentait sa femme en justice, et il avait l'administration et la jouissance de ses biens, avec faculté d'en disposer. A l'égard des immeubles, cette faculté était restreinte par le droit éventuel des agnats de la femme. A la dissolution du mariage, le mari ou ses héritiers devaient restituer les biens de la femme à celle-ci ou à ses héritiers. Les acquisitions ou économies faites pendant le mariage appartenaient exclusivement au mari ou à ses héritiers.

Ce régime ne nous présente encore aucune trace de la communauté de biens; il ressemble plutôt à celui que le code appelle régime sans communauté (art. 1530-1535).

Toutefois déjà à l'époque à laquelle remontent nos sources les plus anciennes, on peut reconnaître le germe du changement qui s'est opéré plus tard dans les rapports patrimoniaux entre les époux. Les lois des peuples germaniques (*Leges Barbarorum*) font mention du droit de la femme survivante de prélever une quote-part sur les acquêts faits par le mari, dans le cas où celui-ci ne lui avait pas constitué de dot ni de douaire. D'après la loi des Bourguignons (tit. 42, chap. 1), ce droit consistait dans l'usufruit d'un tiers de toute la succession du mari; suivant celle des Visigoths (liv. IV, tit. 2, chap. 16), la part de la veuve dans les acquêts était en proportion de l'importance de la dot qu'elle avait apportée en mariage. La loi des Ripuaires (tit. 37, chap. 2), et probablement aussi celle des Saliens, attribuait à la veuve, en quelque sorte à titre de douaire légal, un tiers des acquêts; celle des Saxons (tit. 9) lui donnait la moitié. Dans les premiers temps, cet usage n'était probablement consacré que par quelques législations particulières, mais il ne tarda pas à se généraliser. Ainsi, par exemple, la reine Nantilde recueillit, après la mort du roi Dagobert, le tiers de tout ce que son mari avait acquis. Plus tard, au lieu de prendre un tiers des acquêts, la femme survi-

vante en prenait ordinairement la moitié, et ce qui d'abord avait été considéré comme un *douaire* prit insensiblement le caractère d'un droit de communauté ou de copropriété. La première trace authentique de cette communauté d'acquêts se trouve dans les *Assises de Jérusalem*, cour des bourgeois, c. 183 : « *S'il avient, que un home et sa feme ont encemble conquis vignes ou terres ou maisons ou jardins, le dreit dit que la feme deit aver la moitié de tout par dreit et par l'assise dou reaume de Jerusalem.* » Depuis cette époque les acquêts ont toujours été communs. Il est vrai qu'une loi du roi Philippe-Auguste, de 1219, attribuait la communauté au mari dans le cas où la femme était décédée sans postérité; mais cette loi n'a pas eu une longue durée, puisque peu de temps après nous voyons, dans les Établissements de saint Louis, que l'époux survivant a bien l'*usufruit* de la totalité des acquêts, mais qu'après son décès la propriété en est partagée par moitié entre les héritiers du mari et ceux de la femme : « *Si un home ou une fame achetoient terre ensemble, cil qui plus vit, si tient sa vie les achaz. Et quand ils seront morts ambedui, si retourneront li achaz l'une moitié au lignage divers l'home et l'autre moitié au lignage divers la fame. Établissements*, liv. I, c. 136.

536. La *communauté des meubles*, entre époux, s'est établie et développée à côté de la communauté d'acquêts; elle est probablement d'une origine plus récente, mais il est difficile d'en préciser l'époque. Nos sources ne remontent pas au delà du XIII[e] siècle, et les Établissements de saint Louis en parlent comme d'une institution déjà en vigueur. Dans le liv. I, ch. 139, il est dit : « *Se aucuns hons, qui avoit muebles, prenoit une fame qui n'avoit riens, et il morust, tout n'eust-il hoir, si auroit la fame la moitié des muebles. Et si une fame bien riche prenoit un hom povre et ele morust, si auroit-il la moitié des muebles. Et ainsi puet len entendre, que li muebles sont commun.* »

537. Comment cette communauté des meubles s'est-elle formée à côté de la communauté d'acquêts? En combinant quelques indications d'anciennes coutumes, plusieurs jurisconsultes ont établi l'hypothèse que primitivement cette communauté n'était autre chose qu'un douaire de la veuve. Elle aurait donc eu la même origine que la communauté d'acquêts. Voici comment ils l'expliquent :

A l'époque où la part dans les acquêts avait perdu le caractère de douaire de la veuve, et où les acquêts étaient déjà considérés comme une véritable communauté, le besoin se faisait sentir d'assigner à la veuve survivante un autre douaire pour le cas où le contrat de mariage n'y avait pas pourvu. Les *Assises de Jérusalem* donnaient, à ce titre, à la femme, ou au moins à la veuve noble, moitié de tous les biens meubles et immeubles qui se trouvaient entre les mains du mari au moment de son décès, tant de ceux qui provenaient du mari que de ceux qui provenaient d'elle-même; les immeubles étaient donnés seulement en usufruit, les meubles en propriété. Mais les dettes grevaient exclusivement la succession mobilière; elles devaient donc être payées moitié par les héritiers du mari et moitié par la femme survivante. Cette obligation pouvait quelquefois être très-onéreuse pour la veuve, surtout à l'époque des croisades, où les successions étaient souvent obérées. Pour éviter ces charges, les veuves des chevaliers d'outre-mer obtinrent la faveur de s'affranchir du payement des dettes en renonçant aux meubles, sans préjudice à leur douaire sur les immeubles. Ce bénéfice de renonciation devint l'origine de la séparation entre les meubles et les immeubles, de sorte qu'à la fin le douaire fut pris principalement sur les immeubles. C'est ce qui explique la loi de 1214, par laquelle le roi Philippe-Auguste a réglé le douaire d'après des principes uniformes, en prescrivant qu'à l'avenir le douaire légal de la veuve consisterait dans la moitié des immeubles que le mari possédait au jour de la célébration du mariage; mais en même temps la veuve conservait le droit de retenir la moitié de tous les meubles en payant la moitié des dettes.

Néanmoins, il n'y avait pas encore de véritable communauté de meubles à cette époque; car ce droit de partager les effets mobiliers n'était toujours qu'un privilége de la veuve survivante, un gain de survie, comme il résulte d'une autre loi du même roi, portée en 1219, et d'après laquelle le mari survivant devait restituer aux parents de sa femme les biens apportés par celle-ci, si elle était décédée sans postérité. Mais ces usages se rapprochaient beaucoup de la communauté de biens; il n'y avait plus qu'un pas à faire pour y arriver; aussi en voyons-nous déjà clairement l'idée dans les *Établissements de saint Louis*, liv. I, chap. 139.

Cette communauté, dans le principe, n'avait d'autre effet que de donner à chacun des époux le droit d'en prendre la moitié à la dissolution du mariage. L'idée de cette communauté a été plus tard développée par les jurisconsultes, qui y appliquaient en partie les principes du droit romain, en partie les usages suivis dans des institutions analogues, par exemple ceux pratiqués dans les communautés taisibles qui se formaient entre gens de mainmorte. (Voy. nº 534.) Cette manière de s'établir et ces influences expliquent la grande uniformité qui règne dans les dispositions des coutumes d'une date plus récente, au sujet de la communauté des biens, tandis que celles des coutumes plus anciennes sont très-variées. (Warnkœnig et Stein, *Histoire du droit français public et privé*, t. II, p. 245-249, ouvrage écrit en allemand.)

538. Tout en admettant les faits historiques, auxquels MM. Warnkœnig et Stein rattachent l'origine de la communauté mobilière, il nous semble difficile d'en tirer la même conclusion.

La naissance de la communauté des meubles ne peut pas se rattacher au douaire. Car, lorsqu'il était reçu que la femme était copropriétaire des *acquêts*, et qu'elle en prenait la moitié, non plus à titre de *douaire*, mais à titre de *copropriétaire*, quel besoin y avait-il de recourir à la création de la communauté des meubles, pour assurer à la veuve un autre douaire? Ce douaire ne pouvait-il pas être pris sur les immeubles ou sur les meubles du mari, tout en laissant à la veuve la faculté de reprendre les biens qu'elle avait apportés? On comprend d'autant moins la nécessité ou l'utilité de la création d'une communauté, pour procurer un douaire à la femme, que cette communauté pouvait souvent lui être plutôt préjudiciable qu'utile. C'est ce qui avait lieu, toutes les fois que *sa* propre fortune mobilière était plus considérable que celle de son mari; car alors, le partage de la communauté, loin de lui assurer un douaire ou un gain de survie, lui donnait moins de biens qu'elle n'en avait apporté. D'un autre côté, si la fortune mobilière du mari était plus considérable que celle de la femme, il était bien plus simple d'attribuer à la femme, à titre de douaire, une quote-part des biens mobiliers du mari, que de choisir cette voie compliquée et peu sûre de former d'abord une communauté des biens des deux époux, et puis d'en attribuer la

moitié à la femme, au risque de l'appauvrir plutôt que de l'enrichir.

539. On peut expliquer la naissance de la communauté d'une manière plus simple et plus naturelle. Sans doute, le goût des associations et des communautés était un des traits caractéristiques de la race germanique. Faut-il s'étonner, dès lors, que la communauté se trouve réalisée dans les familles, entre les personnes dont tous les intérêts de la vie étaient identifiés? Des documents positifs et anciens font foi de l'existence de la communauté des acquêts faits pendant le mariage. Elle existait sans conteste chez les Saxons et les Ripuaires (nº 535). Que cette communauté ait pour origine la nécessité de donner un douaire à la veuve survivante, ou une idée de justice, qui déclarait propriété commune au mari et à la femme tout ce qui avait été gagné par les sueurs, les économies et les travaux communs, peu importe. Les renseignements nous manquent pour l'attribuer à un ordre d'idées plutôt qu'à l'autre; mais cette communauté était pratiquée. Or, on ne trouve pas toujours dans une cause précise ou dans un événement positif le commencement des institutions juridiques. Ces institutions se forment insensiblement, en se dégageant des besoins que les faits sociaux font naître; ordinairement elles ont été pratiquées longtemps avant qu'elles aient reçu leur formule généralisatrice dans les lois ou coutumes. La communauté d'acquêts existait déjà avant la fin du XIᵉ siècle; les lois des Ripuaires et des Saxons en font foi et les *Assises de Jérusalem* (vers 1099) nous la présentent comme une institution établie (nº 535).

Par suite de la puissance maritale (*mundium*) qui donnait l'administration des biens personnels de la femme au mari, ce dernier avait donc sous sa main un triple patrimoine : le sien, celui de sa femme et les acquêts.

La plupart des objets mobiliers étaient choses fongibles qui s'usaient, se consommaient, périssaient et étaient remplacées par d'autres. La confusion de ces trois patrimoines était aussi inévitable alors qu'aujourd'hui. De plus, au moyen âge, et surtout dans les premiers temps, on n'écrivait presque pas; on était loin alors de l'habitude, d'ailleurs encore très-irrégulièrement pratiquée aujourd'hui, de constater par des actes les apports du mari

et ceux de la femme, pour pouvoir les reconnaître, même après une longue durée du mariage, ou pour en établir la valeur. Il s'opérait donc de fait une seule masse de tous les effets mobiliers apportés par le mari et par la femme, ou acquis pendant le mariage. Dans cette masse, chaque époux avait une part de copropriété; il avait la moitié dans les acquêts, et, dans les autres meubles, il devait avoir une part proportionnée à son apport. Peu à peu on s'est habitué, par la puissance même des faits, à considérer cette masse comme étant réellement *commune*, appartenant pour la *même part* aux deux époux. Cette manière de l'envisager prévenait beaucoup de difficultés lors du partage; elle dispensait des recherches minutieuses, et souvent difficiles après de longues années, sur la provenance des meubles et sur la valeur des apports des époux. Ajoutons que, comparées aux fortunes immobilières, les fortunes mobilières étaient alors de peu d'importance, circonstance qui confirme cette explication.

La communauté, ainsi formée par la nécessité des faits, a plus tard été développée comme institution juridique de la manière et sous les influences dont il a été traité au n° 537.

Ce qui vient à l'appui de l'hypothèse que la communauté de biens est le résultat de la confusion de tous les meubles entre les mains du mari, c'est qu'elle n'existait pas à l'égard des immeubles. Les immeubles conservent leur existence individuelle; la confusion ne peut pas en avoir lieu. Or, la communauté universelle n'a été la loi générale d'aucun pays pendant le moyen âge. Elle n'était reçue qu'exceptionnellement dans quelques coutumes locales. (Voy. Mittermaier, *Droit privé d'Allemagne*, § 384, note 26, ouvrage allemand.)

540. La communauté de biens est devenue le droit commun de tous les pays *coutumiers* de la France, à l'exception de la Normandie, de l'Auvergne et de la Haute-Marche; les coutumes de ces deux derniers avaient adopté le régime dotal du droit romain. En Normandie, la communauté était *défendue* au point que, contrairement au principe d'autonomie des époux, elle ne pouvait pas même être stipulée dans le contrat de mariage.

II. CARACTÈRE GÉNÉRAL DE LA COMMUNAUTÉ DE BIENS ENTRE ÉPOUX.

541. En contractant mariage, les époux *peuvent* en même temps établir entre eux une *communauté d'intérêts pécuniaires,* ou bien ils peuvent tenir leurs intérêts séparés comme avant le mariage, sauf les droits résultant de la puissance maritale. Si les époux établissent entre eux la communauté, ils peuvent la renfermer dans telles limites qu'ils jugent à propos de fixer, soit en y faisant entrer tous leurs biens ou seulement une partie de leurs biens.

1° La communauté ne constitue jamais une *personne morale,* un être juridique, nouveau, distinct de la personne des époux. Ce n'est pas une personne morale, parce que les personnes morales ne peuvent pas être créées par la seule volonté des particuliers, mais seulement par un acte du pouvoir législatif. Les droits et les obligations de la communauté n'ont pas pour *sujet* une personne distincte des personnes des époux, mais ces droits et ces obligations appartiennent aux époux collectivement, quoiqu'ils soient ordinairement exercés par le mari seul. La communauté est une *société* qui peut avoir des droits et des obligations envers les personnes de chacun des associés; elle peut, comme toute société, avoir des intérêts distincts ou opposés aux intérêts de chacun des époux.

542. 2° Le mari et la femme forment une société de biens, mais qui diffère essentiellement des sociétés ordinaires. Les droits des associés sont très-différents. En vertu de la puissance maritale, le mari est, durant le mariage, *chef,* ou, comme disaient les anciennes coutumes, *maître et seigneur* de la communauté. Seul il a le pouvoir de l'administrer et même d'en disposer, sauf quelques exceptions. Il peut seul engager la communauté en contractant avec des tiers; tandis que la femme *seule,* agissant sans l'autorisation de son mari, ne peut pas engager les biens qui en dépendent.

D'un autre côté la femme n'est pas, comme les autres associés, liée par les actes passés par le mari. Si elle ne peut pas empê-

cher de dissiper la communauté, elle n'est du moins pas tenue au delà de l'actif (*ultrà vires*) qui la compose.

543. Nonobstant l'inégalité des droits des associés, on ne peut pas dire que la femme n'a pas un droit de copropriété *actuelle* des biens de la communauté. Quelques auteurs, par exemple Toullier, *Du contrat de mariage*, n°s 75-81, soutiennent que la femme, pendant le mariage, n'a pas un droit de *communauté* ou de *copropriété* sur les meubles et acquêts, mais seulement *l'espérance* ou le droit éventuel de les partager un jour, si le mari n'en a pas disposé; que la communauté proprement dite, c'est-à-dire la propriété actuelle des biens communs, ne s'ouvre réellement qu'au moment où finit la société conjugale; qu'avant cette époque, la femme *non est proprie socia, sed speratur fore*. Cette doctrine est erronée. D'après le code, la femme est non-seulement copropriétaire actuelle de la communauté *en principe*, mais cette copropriété exerce aussi plusieurs effets. Car : 1° l'article 1422 limite les droits de disposition du mari; il n'est donc pas le maître absolu de la communauté; 2° la femme peut demander la séparation de biens pendant le mariage (art. 1441, 1443), lorsque sa dot est en péril. Il faut bien lui reconnaître un droit sur les biens communs, puisque la loi lui donne le moyen de le faire valoir et de le sauvegarder; 3° la communauté est tenue des dettes que la femme a contractées avec l'autorisation de son mari. L'autorisation n'étant pas un cautionnement, l'engagement de la femme lie les biens de la communauté, parce qu'elle en est copropriétaire (art. 1419).

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE. (Art. 1400-1496.)

I. NOTION.

544. La communauté est légale ou conventionnelle. Cette dernière est établie et réglée par les stipulations des époux.

La communauté légale est le régime dont le code traite dans

les articles 1401-1496. C'est à ce régime que les époux sont soumis, comme à un contrat tacitement adopté, lorsqu'ils se sont mariés *sans contrat*, ou bien encore lorsqu'ils ont simplement déclaré qu'ils se marient sous le régime de la communauté (articles 1391, 1393, 1400).

II. ENTRE QUELLES PERSONNES S'ÉTABLIT CETTE COMMUNAUTÉ?

545. En l'absence de toute convention matrimoniale, elle s'établit incontestablement :

1° Entre un Français domicilié en France et une Française, mariés en France;

2° Entre un Français domicilié en France et une étrangère, mariés en France;

3° Entre un étranger domicilié en France conformément à l'article 13 du code et une Française, mariés en France;

4° Entre étrangers domiciliés en France conformément à l'article 13 du code, et mariés en France.

Mais quel est le régime de l'association conjugale :

1° Pour le Français marié en pays étranger, soit avec une Française, soit avec une étrangère?

2° Pour l'étranger non domicilié, mais marié en France, soit avec une Française, soit avec une étrangère?

Quant à l'étranger qui se marie en France, c'est d'abord aux lois de son pays qu'il faut recourir ; si ces lois décident la question, tout est dit. Ce n'est qu'autant que la législation étrangère garde le silence qu'il peut y avoir lieu à décider d'après les lois françaises.

546. Ces deux questions se présentaient fréquemment sous l'ancien droit lorsque le territoire de la France et de la Belgique était régi par beaucoup de coutumes diverses. Les auteurs ont été de tout temps divisés sur ces questions :

1° D'après quelques-uns, il faut appliquer la règle : *Locus regit actum*, et faire régir l'association conjugale par la loi du lieu où le mariage a été contracté. Cette opinion trouve aujourd'hui peu de partisans.

2° D'après d'autres, à défaut de convention, c'est la coutume en vigueur au lieu où le mariage se dissout qui doit régir l'asso-

ciation des époux et leurs droits. Cette opinion n'a plus de défenseurs.

3° Plusieurs jurisconsultes considèrent le statut matrimonial comme un statut *réel*. D'après cette opinion, les immeubles sont soumis au régime matrimonial du pays de leur situation, et les meubles à la loi du domicile du mari. Ce système a été longtemps suivi par le conseil de Brabant.

4° La plupart des jurisconsultes anciens et modernes et beaucoup de décisions des tribunaux sont d'accord sur le principe de l'*unité* du statut matrimonial, c'est-à-dire sur ce que le *même* régime embrasse tous les biens, quelle que soit leur situation, à moins d'une loi prohibitive existant dans le lieu de la situation des immeubles. Mais quel sera le statut matrimonial? Ici il y a divergence d'opinions :

A. Suivant quelques-uns, c'est la loi personnelle du mari qui régit l'association conjugale, par le motif que le régime matrimonial est une loi d'état et de capacité (art. 3, alin. 3).

B. D'après d'autres, c'est la loi du domicile que le mari a au moment du mariage qui régit les époux, par la raison que cette loi exerce de plein droit ses effets sur l'association conjugale; ils le considèrent en quelque sorte comme un droit mobilier régi par le statut personnel.

C. Suivant d'autres, l'association doit être régie par la loi du domicile *matrimonial* : suivant quelques-uns, toujours; suivant d'autres, seulement dans le cas où le mari n'avait pas de domicile fixe ou connu au moment du mariage.

Par *domicile matrimonial*, on entend ordinairement le lieu où les époux avaient déjà l'intention de s'établir au moment du mariage, et où ils se sont réellement établis après le mariage.

D. Lorsque le mari n'a pas de domicile fixe ou connu, il faut s'en rapporter à sa nationalité et faire régir l'association conjugale par la loi de son domicile d'origine ou de sa nationalité.

547. Quel principe faut-il appliquer?

Il y a deux manières d'envisager le régime matrimonial quand il n'y a pas de contrat : 1° comme un régime imposé d'une manière impérative par la loi et auquel les époux sont nécessairement soumis, en vertu de la force obligatoire et de la puissance

territoriale de la loi; 2° comme contrat tacite que les époux sont censés avoir adopté.

Envisagée sous le premier point de vue, c'est une question de force obligatoire des lois. Considérée sous le second point de vue, c'est une question d'interprétation de l'intention des parties.

548. 1° Sous le premier point de vue, il faut appliquer la règle : *Locus regit actum*, c'est-à-dire que l'association conjugale est régie par la loi du lieu où le mariage a été contracté (principe de territorialité). Chaque État est souverain et indépendant ; la législation d'un pays n'a pas besoin d'en reconnaître une étrangère. Les actes passés dans un pays ne peuvent avoir d'effet que conformément aux lois de ce pays; la force publique d'un pays ne peut se mettre qu'au service de ses propres lois.

Il faut rejeter l'opinion qui, en appliquant la loi du domicile du mari, se fonde sur le motif que le régime matrimonial est une loi d'*état* et de *capacité* (art. 3); car les dispositions qui sont des lois d'état et de capacité sont d'ordre public et ne peuvent être changées par des conventions particulières (art. 6, t. I, n° 77). Le régime matrimonial est abandonné à la libre disposition des contractants; il ne se compose donc pas de dispositions relatives à l'état et à la capacité des individus. Si donc on veut admettre que le mariage contracté en pays étranger sans convention par des Français entraîne la communauté de biens, on ne peut donner pour raison l'article 3 du code.

549. 2° Il est plus rationnel d'examiner la question sous le second point de vue, c'est-à-dire de considérer le contrat de mariage comme un acte de volonté des parties. D'après le principe de notre législation et la doctrine de presque tous les jurisconsultes anciens et modernes, le régime légal n'est que le *contrat tacitement adopté* par les époux. La question se pose donc ainsi : En se mariant, quel contrat, c'est-à-dire le régime de quelle loi les époux sont-ils censés avoir adopté?

D'abord, y a-t-il ici une présomption légale, présomption *juris* que les époux ont voulu adopter tel régime plutôt que tel autre? Non, la loi ne l'établit pas. La présomption de l'article 1393 que le Français qui ne fait pas de contrat de mariage est censé adopter le régime de la communauté légale, est précisément une pré-

somption établie pour la France et pour les Français par la loi française, présomption qui doit cesser là où la *loi* française cesse d'être applicable. Il n'y a donc ici aucune présomption légale; il ne peut y avoir qu'une présomption de l'homme. Or, sera-ce le régime du domicile du mari ou celui de la femme que les époux sont censés adopter, ou le régime d'un troisième endroit, qui n'est ni celui du domicile du mari, ni celui du domicile de la femme?

Les raisons que l'on pourrait alléguer pour démontrer, par exemple, que le Français qui se marie à l'étranger est présumé vouloir se marier d'après les lois de son pays, sont balancées par la présomption que la femme a aussi voulu se marier d'après le régime de son domicile, et il n'y a aucune raison de préférence. Ces motifs sont balancés encore par des raisons d'une force au moins égale, dont on pourrait inférer que l'un ou l'autre ou tous deux ont voulu se marier d'après la loi du lieu de la célébration.

550. Mais il y a une raison commune au mari et à la femme, c'est la probabilité que les époux ont voulu se soumettre à la législation du pays où ils se proposent de s'établir après le mariage pour y passer leur vie. Cette probabilité est rationnelle, elle est dans l'intention des parties. C'est aussi la doctrine du plus grand nombre de jurisconsultes et de la jurisprudence. (Voy., en ce sens, Liége, 10 août 1844, B. J., t. 10, 531; P. 1851, 87; J. P. B., 1852, 449 et la note, sous Cass., 20 décembre 1851; Liége, 30 juin 1860, P., 1861, 339; Aix, 27 novembre 1854, et Cass. fr., 4 mars 1857, D., 1857, 2, 43, 1, 102; Turin, 4 décembre 1857, B. J., t. 17, 418 et la note; Aix, 18 août et 8 novembre 1870, D., 1872, 5, 122; 1871, 2, 216; Bordeaux, 2 juin 1875, D., 1876, 2, 143, et 24 mai 1876, D., 1878, 2, 79.)

D'après cela, le régime matrimonial des époux peut être, suivant les circonstances, ou bien celui du domicile du mari, ou celui du domicile de la femme, ou bien celui d'un endroit où les époux avaient déjà l'intention de s'établir au moment du mariage et où ils se sont réellement établis.

551. Si, au moment de la célébration, les époux n'avaient pas de domicile fixe, ni immédiatement après, il faudrait recourir à la nationalité du mari pour déterminer le régime matrimonial,

par la raison qu'il doit être censé vouloir s'établir et demeurer dans son pays, l'intention contraire n'étant pas manifestée.

552. Le même régime matrimonial s'étend à tous les biens des époux, quelle que soit leur situation; il n'en serait cependant pas ainsi, si la loi de la situation des immeubles renfermait des dispositions prohibitives, incompatibles avec le statut matrimonial adopté ou censé adopté par les époux.

Les règles qui viennent d'être énoncées peuvent encore recevoir des modifications, si la loi personnelle de l'un des époux renfermait des dispositions d'ordre public qui mettraient obstacle à tel ou tel régime déterminé.

SECTION PREMIÈRE.

DE CE QUI COMPOSE LA COMMUNAUTÉ ACTIVEMENT ET PASSIVEMENT.

553. Lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale, il peut y avoir trois patrimoines distincts : 1° celui de la communauté; 2° celui du mari; 3° celui de la femme. Chacun de ces patrimoines peut avoir des biens (de l'actif) et des dettes (du passif). Les biens et les dettes qui ne font pas partie de la communauté sont appelés *propres* des époux; on les appelle aussi quelquefois des *propres de communauté*.

Dans les paragraphes qui suivent, nous aurons à examiner : 1° quels sont les biens composant la communauté; 2° quels sont les biens propres aux époux; 3° quelles sont les dettes de la communauté; 4° quelles sont les dettes propres aux époux.

§ I. De l'actif de la communauté.

I. DES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ.

A. *Des biens mobiliers des époux.*

554. La communauté se compose activement de tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ensemble de tout le mobilier qui leur échoit pendant le

mariage, à titre de succession ou même de donation, si le donateur n'a exprimé le contraire (art. 1401, 1°). Elle comprend en outre tout le mobilier acquis par les époux ou échu aux époux ou à l'un d'eux *d'une manière quelconque* pendant le mariage, par exemple par occupation, par accession, par invention; de même la moitié du trésor appartenant à l'inventeur. Telle était la pensée des rédacteurs du code. Ils ne voulaient pas établir des règles nouvelles, mais seulement présenter celles consacrées par l'usage. (Locré, t. XIII, 182-185.)

555. La *rente viagère* tombe aussi dans la communauté; elle est meuble (art. 529). Toullier, n° 110, enseigne que les rentes viagères qui appartiennent à l'un des époux au moment du mariage, ou qui lui écherront pendant le mariage, n'entrent en communauté que pour les arrérages échus pendant la durée du mariage; mais que le droit même à la rente demeure propre à l'époux crédirentier. Il donne pour motifs : 1° que les échéances des arrérages forment autant de *capitaux distincts*, et que, dès lors, ceux échus après la dissolution de la communauté ne peuvent pas faire partie de son actif; 2° que la rente viagère est un droit inhérent à la personne du créancier, et que l'on ne peut en admettre l'aliénation que lorsqu'elle a été expressément déclarée par le crédirentier.

C'est une erreur. Car 1° le droit à la rente viagère est, aux yeux de la loi, un *capital*, les arrérages sont les *intérêts ;* mais chaque payement d'arrérages ne constitue pas un payement d'un capital (arg. art. 588, 610 du code civ.); 2° la rente viagère est aliénable comme tout autre droit. L'opinion de Toullier serait vraie si la rente avait été déclarée inaliénable et incessible. (Troplong, n° 407; Gand, 2 juillet 1852, J. P. B., 1852, 339; Poitiers, 1er août 1872, D., 1873, 5, 108.)

556. Si l'un des époux appelé à une succession composée de meubles et d'immeubles n'a reçu dans son lot que des meubles, ou une partie d'immeubles moins forte que celle de ses cohéritiers, tous les effets mobiliers tombent dans la communauté, parce que le partage n'est pas attributif, mais déclaratif de propriété (art. 883). (Colmar, 27 février 1866, D., 1866, 5, 71.) L'opinion divergente de Duranton, n° 119, est contraire à l'article 883, à l'ancien droit et à l'usage constamment suivi dans la pratique.

557. La communauté comprend tout ce que les époux gagnent par leur travail et leur industrie. Ainsi la propriété des *œuvres scientifiques et littéraires*, des *œuvres d'art*, des *inventions* faites soit avant, soit pendant le mariage, tombe dans la communauté. (Duranton, n° 131.)

Toullier, n° 116, enseigne que la propriété d'un ouvrage littéraire ou scientifique ne tombe en communauté que par suite d'une stipulation expresse. Cependant, il admet que le produit des éditions faites pendant le mariage, ainsi que le prix de la cession du droit de propriété, tombe dans la communauté; mais quant au produit des éditions postérieures à la mort de l'auteur, que la communauté n'y a aucun droit, sans une stipulation expresse au contrat de mariage. Il fonde son opinion sur l'article 39 du décret du 5 février 1810, portant : « Le droit de propriété est garanti à l'auteur et à sa veuve pendant sa vie, *si les conventions matrimoniales de celle-ci lui en donnent le droit*, et à leurs enfants pendant vingt ans. »

Cette opinion est erronée. Le produit de l'intelligence, la propriété intellectuelle est une chose incorporelle, et, n'étant pas déclarée immeuble, elle est mobilière (art. 516, 529). A ce titre, elle tombe dans la communauté. Le sens de l'article 39 du décret du 5 février est évidemment celui-ci : la veuve a droit à la propriété intellectuelle, si, par suite de sa convention matrimoniale, soit expresse, soit *tacite*, donc aussi par suite du régime sous lequel les époux se sont mariés, elle a un droit à la propriété mobilière de son mari. Or, la communauté légale étant une convention matrimoniale tacite, elle donne à la veuve un droit à la propriété intellectuelle. (Marcadé, art. 1401, n° 5; Troplong, n° 433.)

Mais il est vrai de dire qu'une production de l'intelligence demeure dans le patrimoine exclusif de son auteur, et n'appartient pas à la communauté, tant qu'il ne l'a pas fait tomber dans le commerce en lui donnant l'être et une valeur appréciable. Ainsi, par exemple, si l'un des conjoints avait conçu ou fait une œuvre littéraire ou scientifique, qui n'aurait pas encore été éditée au moment du décès de son conjoint, les héritiers de ce dernier n'auraient aucun droit de le forcer à publier cette œuvre et à lui donner une valeur commerciale au profit de la communauté. Sem-

blable contrainte serait contraire à la liberté de manifester ou de ne pas manifester sa pensée : elle pourrait être contraire à la liberté de conscience. Par la même raison, il faut dire que si l'auteur a traité avec l'éditeur d'une édition, il ne peut pas être *forcé* à publier une nouvelle édition après la dissolution de la communauté, pour en faire partager le produit entre lui et les héritiers du conjoint prédécédé. Par application des mêmes principes, il a été décidé que les secrets de fabrication non brevetés, inventés par le mari, ne font pas partie de la communauté lorsque, avant la dissolution du mariage, il s'est borné à en apporter l'exploitation en société, sans communiquer le secret, dont il s'est réservé l'application et la mise en œuvre. (Bruxelles, 16 fév. 1856, B. J., t. 14, 277 ; P., 1857, 288.)

558. La moitié du *trésor*, attribuée à l'inventeur par l'article 716, tombe dans la communauté; mais à qui appartient l'autre moitié? Suivant quelques-uns, elle appartient à l'époux propriétaire de l'immeuble dans lequel il a été trouvé, *jure accessionis*. Duranton, n° 133; Colmet de Santerre, t. VI, n° 21 *bis*, VI; Marcadé, art. 1401, n° 5, et Toullier, n° 129, donnent la propriété totale à l'époux qui a trouvé le trésor dans son *propre immeuble*. D'autres, par exemple Merlin, *Répert.*, v° *Communauté*, § 2, n° 4; Rodière et Pont, Troplong, n° 417, attribuent tout le trésor à la *communauté*. Cette dernière opinion est juste; car le trésor est un *profit mobilier*. Il est *accession* de l'immeuble, tant qu'il est uni à l'immeuble; mais dès qu'il en est détaché, il est *meuble*. Or, tous les meubles, *acquis* ou *échus*, tombent dans la communauté s'il n'y a pas une exception formellement faite par la loi. Ceux qui ne font pas tomber cette moitié dans la communauté se fondent sur ce que le trésor *n'est pas un fruit* (arg. art. 598, code civ.). L'argument est bon contre l'usufruitier, qui n'a droit qu'*aux fruits;* mais la communauté a droit à tous les meubles qui n'en sont pas exclus.

B. *Des fruits et revenus des propres.*

559. La communauté étant usufruitière des biens propres des époux comprend tous les fruits naturels et civils, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou per-

çus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage, à quelque titre que ce soit (art. 1401, n° 2; 1403; 1409, n° 4).

Mais il y a cette différence *principielle* entre les deux usufruits que, si l'usufruitier ordinaire n'a pas joui dans toute l'étendue de son droit, le propriétaire en profite; les héritiers de l'usufruitier n'ont droit à aucune récompense; tandis que les époux, personnellement, ne doivent pas s'enrichir aux dépens de la communauté.

C'est pour ce motif que la communauté a droit à une indemnité, si elle n'a pas joui de son usufruit dans toute l'étendue de son droit, et que l'un des conjoints ait personnellement profité de cette non-jouissance. Ainsi, si les coupes de bois, qui, en suivant les règles sur l'usufruit, pouvaient être faites durant la communauté, ne l'ont point été, il en est dû récompense à la communauté (art. 1403, alin. 2, comparé avec l'article 590. — Art. 585, 1437). Cette disposition est une réminiscence de l'ancien droit, d'après lequel les époux ne pouvaient se faire aucune libéralité directe ni indirecte pendant le mariage. (Voy. t. II, n° 2313.) L'époux, dans le bois duquel les coupes n'auraient pas été faites, s'enrichirait de la valeur de ces coupes.

Par la même raison, la communauté a droit à une récompense pour les frais de semences et de labour des fonds propres aux époux lorsque, au moment de la dissolution de la communauté, il y a des récoltes sur pied. (Coutume de Paris, art. 231; Pothier, n° 212.)

560. Le produit des carrières et mines en exploitation au moment où le mariage est contracté tombe dans la communauté.

Mais si les carrières ou mines n'ont été ouvertes que *pendant* le mariage, les produits n'en tombent dans la communauté que sauf récompense ou indemnité à celui des époux à qui elle pourra être due (art. 1403, alin. 3; 598).

Le sens de l'alinéa 3 de l'article 1403 est : « Si, de fait, la communauté a perçu le produit des mines ou carrières ouvertes pendant le mariage, elle doit de ce chef l'indemnité à l'époux propriétaire de ces mines. » De fait, ces meubles tombent tou-

jours dans la communauté, en ce sens que le mari a le droit de les aliéner, et alors, la communauté doit récompense à l'époux.

Mais, par exemple, en cas de déconfiture ou de faillite du mari, les produits d'une mine appartenant à la femme, qui sont encore là en nature, ne peuvent pas être attaqués par les créanciers du mari.

Si une carrière ou une mine a été ouverte pendant le mariage, il est possible que l'indemnité soit due, de ce chef, à la communauté. Par exemple, toutes les dépenses nécessaires pour commencer l'exploitation ont été faites par la communauté ; il n'y a encore eu que peu de produits ; la communauté se dissout. Elle peut exercer son recours en reprise de ses avances.

Lorsque l'immeuble sur lequel se trouve la mine ou la carrière n'est échu à l'un des époux que *pendant le mariage*, le produit en appartient à la communauté, si la mine ou la carrière était ouverte au moment de l'acquisition par l'époux, quand même l'exploitation en aurait été commencée par le précédent propriétaire et *pendant* le mariage. L'alinéa 3 de l'article 1403 ne se rapporte qu'aux immeubles appartenant aux époux au moment de la célébration du mariage.

561. Les articles 587, 589, 596 et 597, relatifs à l'usufruit, s'appliquent aussi à la communauté.

C. *Des acquêts ou conquêts.*

562. Tous les biens meubles ou immeubles, *acquis* pendant le mariage, tombent dans la communauté (art. 1401, n°s 1, 3). Par *conquêt* ou *acquêt* on entend tout ce qui est acquis pendant le mariage *à titre onéreux*, soit par les deux époux en commun, soit par chacun des époux séparément.

L'immeuble abandonné ou cédé à l'un des époux, par une personne *autre qu'un ascendant*, soit en payement, soit à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, est un acquêt (arg. art. 1406).

L'époux qui prétend qu'une des choses possédées en commun lui est propre, doit le prouver.

Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession

légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou de donation (art. 1402).

Lorsque la cause de l'acquisition est antérieure au mariage, et que l'acquisition s'accomplit *pendant* le mariage, elle exerce un effet rétroactif, et l'immeuble est propre; par exemple, l'un des époux a acquis un immeuble, sous une condition suspensive, antérieurement au mariage; la condition s'accomplit pendant le mariage : l'immeuble est propre.

Si l'un des époux avait une possession *ad usucapiendum* avant le mariage, l'immeuble lui est propre, quand même la prescription ne s'accomplirait que *pendant* le mariage.

Par *possession légale*, dans l'article 1402, il faut entendre une possession à *titre de propriétaire*. Une possession à un autre titre ne suffirait pas pour établir ou pour faire présumer la qualité de propre de l'immeuble. Si la possession était à un autre titre, ou si elle était sans aucun droit, et que pendant le mariage la position des époux fût régularisée par un nouvel acte d'acquisition, l'immeuble serait acquis pour la communauté.

II. DES BIENS PROPRES AUX ÉPOUX.

A. *Notion des propres.*

563. On appelle biens *propres* aux époux ceux dont la *propriété* appartient à l'un ou à l'autre des deux époux et qui ne contribuent à composer l'actif de la communauté que par les fruits et revenus qu'ils produisent, ou dont les fruits ou revenus ne tombent pas même en communauté.

B. *Des propres mobiliers.*

1. QUELS MEUBLES SONT PROPRES ?

564. Bien qu'*en principe général* tous les biens mobiliers de chacun des époux entrent en communauté et que tous les meubles soient présumés appartenir à la communauté, il y a pourtant des exceptions. Ainsi, sont propres aux époux :

1° Les effets mobiliers, donnés à l'un des époux ou à tous les

deux, avant ou pendant le mariage, sous la condition expresse qu'ils ne tomberaient pas dans la communauté (art. 1401, n° 1);

2° Toute pension alimentaire et toute rente viagère déclarée inaliénable ou incessible, constituée *avant* ou *pendant* le mariage (n° 555);

3° Les produits des mines et carrières ouvertes pendant le mariage (n° 560);

4° Les choses mobilières qui, pendant le mariage, proviennent d'un immeuble, sans être produit ou fruit, et qui conservent leur caractère immobilier; par exemple, une maison a été entièrement démolie, les matériaux appartiennent au propriétaire du bâtiment (arg. art. 532);

5° Le prix d'immeubles propres à l'un des époux (art. 1433), le supplément du juste prix que devrait payer l'acquéreur d'un immeuble propre à l'un des époux, si la vente avait constitué une lésion de plus de 7/12mes (art. 1681); de même que la soulte due à l'un des époux par suite du partage des immeubles d'une succession (art. 1409, n° 1).

2. QUELS SONT LES DROITS DE L'ÉPOUX A L'ÉGARD DE SES PROPRES MOBILIERS ?

565. La question est importante, surtout pour la femme. La loi a déterminé avec précision les droits de chacun des époux sur les biens de la communauté et leurs droits sur leurs propres immobiliers, mais elle ne se prononce pas sur les droits des époux, et surtout de la femme, à l'égard de ses propres mobiliers. Pothier (*Traité de la communauté*, n° 325) est le premier qui ait discuté cette question. Il la traite dans l'hypothèse de la clause de *réalisation* (art. 1500). Les principes qui doivent régir les droits des époux sur leurs *propres mobiliers* sont les mêmes, que les époux vivent sous le régime de la communauté légale ou sous le régime dont traitent les articles 1500-1504. Les opinions des jurisconsultes sont divisées.

Suivant les uns, tous les effets mobiliers propres à l'un des époux tombent dans la communauté et se confondent avec elle, et le mari peut les aliéner, comme il peut aliéner les meubles de la communauté. L'époux qui a les propres n'est pas créancier *in specie* de ces objets, mais seulement de leur *valeur*. A la dissolution de la communauté, il exerce contre elle une action en re-

prise de cette valeur et il a un privilége pour la créance de reprise sur les objets existant en nature, en les faisant reconnaître. (Pothier, n° 325; Merlin, *Répert.*, v° *Réalisation*, § 1, n° 4; Troplong, n° 1937.)

D'autres, au contraire, admettent que la femme demeure propriétaire de tous ses propres et que le mari ne peut pas les aliéner sans son concours, à l'exception des *choses qui se consomment par l'usage*. (Toullier, t. XV, n° 326.)

Quelques auteurs ajoutent encore à cette exception les choses qui ont été livrées au mari *avec estimation de la valeur*. (Duranton, n° 318; Odier, II, n° 728; Pont et Rodière, II, n°s 50-53.) Marcadé, art. 1408, n° 8, se range aussi à cet avis, en ajoutant à ces exceptions : *généralement toutes les choses qui sont livrées avec des circonstances quelconques indiquant qu'on a entendu en laisser la propriété à la communauté*.

Les auteurs appellent les propres dont la *propriété* est conservée à l'époux : *propres parfaits*, et les autres : *propres imparfaits*.

566. Pothier et Merlin donnent pour raison de leur opinion : que la communauté doit avoir la jouissance de tous les propres de chacun des conjoints, *ad sustinenda onera matrimonii;* que les meubles sont des choses *qui se consomment par l'usage même* qu'on en fait, ou du moins qui s'altèrent par l'usage; que, pour que la communauté puisse avoir la jouissance, et pour conserver au conjoint quelque chose qui lui tienne lieu de la propriété, il a été nécessaire d'abandonner les meubles à la communauté, et de laisser au mari le droit de les aliéner, sans quoi la communauté ne pourrait pas en avoir la jouissance.

Il est évident que cette opinion n'est juste qu'à l'égard de certains meubles, c'est-à-dire de ceux qui ne sont susceptibles que d'un quasi-usufruit. Cette justification est donc inadmissible.

Plusieurs auteurs modernes et quelques arrêts, adoptant l'opinion de Pothier, la fondent aujourd'hui sur l'article 1503 du code, lequel, en se servant des mêmes expressions que Pothier, statue que dans le cas d'une exclusion du mobilier de la communauté, chaque époux a le droit de reprendre et de prélever, lors de la dissolution de la communauté, la valeur de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors du mariage, ou qui lui est échu depuis, excé-

dait la mise en communauté. Mais cet article statue dans l'hypothèse de la stipulation de la *clause d'apport*, c'est-à-dire lorsque les époux ou l'un d'eux ont promis de mettre en communauté des effets mobiliers jusqu'à concurrence d'une valeur déterminée, et que la valeur réelle du mobilier ou des sommes apportées excède la valeur promise. Si, dans ce cas, les meubles que les époux ont voulu se réserver en propre n'ont pas été désignés, tout le mobilier devient *propriété* de la communauté en vertu du contrat de mariage, et ce qui a été stipulé *propre*, ce ne sont pas tels ou tels *meubles*, mais c'est la *somme* ou la *valeur*. Ce cas tombe sous l'application du n° 567, 3°.

567. Les biens qui ne tombent pas dans la communauté continuent de demeurer la *propriété exclusive* de l'époux auquel ils appartiennent. Voilà le *principe fondamental*. (Cass. fr., 5 novembre 1860, D., 1861, 1, 81; Nancy, 23 nov. 1871, D., 1872, 5, 95.)

Cette propriété exclusive ne peut être modifiée que pour trois raisons : 1° lorsqu'elle est incompatible avec les droits de la communauté sur les mêmes objets; 2° par suite d'une disposition formelle de la loi qui restreint les droits de l'un des époux, en attribuant une partie des droits résultant de la propriété à une autre personne, c'est-à-dire, dans le mariage, au mari; 3° par suite d'une modification *conventionnelle* du droit de propriété. De là les conséquences suivantes :

1° La communauté ayant la jouissance de tous les propres mobiliers des époux, il s'ensuit qu'elle doit avoir le droit d'aliénation de ceux de ces objets *dont on ne peut jouir sans les consommer ou les aliéner* (art. 587) (argent, produit des carrières). Quant à *ces objets*, la communauté peut en disposer, et elle devient débitrice *in genere* de leur valeur;

2° Le mari a l'*administration* des biens *personnels* de la femme (art. 1428). La femme n'a donc *pas* le pouvoir *d'administrer* ses propres *mobiliers*. Mais le mari n'a pas le droit d'aliéner ceux des meubles propres à la femme qui ne se consomment pas par l'usage ou qui ne sont pas nécessairement destinés à la vente. Car le pouvoir d'administrer ne comprend pas le droit d'aliéner indistinctement tous les meubles (arg. art. 126, alin. 2; 452, 805; et t. I, n° 224 *c.*, et 729). (Cass. fr., 17 déc. 1872, D., 1873,

1, 154; Brux., 3 janv. 1862, P., 1862, 100; Paris, 29 mars 1873, D., 1874, 2, 129.)

3° Si l'époux auquel appartiennent les propres les avait transférés *en propriété* à la communauté, il serait créancier *in genere* de la valeur de ces choses. C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque les choses ont été livrées au mari avec estimation, à moins qu'il n'y ait stipulation contraire (arg. art. 1551). (Gand, 8 mars 1872, P., 1872, 196.)

On ne saurait donc pas admettre en règle que tous les propres mobiliers de la femme deviennent propriété de la communauté, et que le mari peut en disposer comme des effets de la communauté.

L'époux propriétaire des propres peut faire valoir tous les droits émanant de la propriété, auxquels il n'a pas été apporté de restriction par un des trois motifs précédents. Si, par suite d'une de ces restrictions, la communauté est devenue propriétaire des propres *en nature*, appartenant à l'un des conjoints, elle est devenue, envers lui, *débitrice de la valeur*. (Voy., en ce sens, Cass. fr., 5 nov. 1860, D., 1861, 1, 81 et la note; 26 juillet 1869, D., 1869, 1, 455, et sur renvoi, Rouen, 23 fév. 1870, D., 1871, 2, 235.)

568. Du principe établi au numéro précédent découlent les conséquences suivantes :

1° A la dissolution de la communauté, chaque époux peut prélever et retirer tous ses propres qui existent encore en nature et dont la propriété peut être dûment prouvée;

2° A la dissolution de la communauté, chaque époux a contre elle une créance pour la valeur de tous ses propres, dont la propriété, en nature, a appartenu à la communauté, ou dont il a été disposé au profit de la communauté;

3° Chacun des époux profite de l'augmentation de valeur qu'acquièrent les objets dont il a la propriété et il en supporte la perte et la dépréciation (Paris, 25 juin 1835 et cass. fr., 9 juin 1836);

4° Lorsque les créanciers de la communauté ou du mari saisissent les biens possédés par les époux, la femme peut revendiquer les meubles à elle appartenant et dont elle peut prouver la propriété;

5° Si un propre de la femme a été vendu et que le prix n'en ait pas encore été payé, la créance, bien qu'elle ait pour objet des meubles (de l'argent), ne peut pas être saisie par les créanciers du mari ou de la communauté. (Paris, 15 fév. 1839 et cass. fr., 2 juillet 1840, J. P., 1843, II, 707.)

C. *Des propres immobiliers.*

569. *Première règle.* — Les immeubles possédés, au moment de la célébration, par l'un des époux, et ceux qui lui sont échus pendant le mariage à titre gratuit, lui restent propres (art. 1402, 1404). Par *application* de cette règle sont propres : 1° les immeubles possédés par les époux avant le mariage ; 2° ceux qui leur échoient pendant le mariage par succession, ou 3° par donation ; 4° les accessoires des immeubles.

Deuxième règle. — Les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage entrent seuls dans la communauté.

Par *exception* à cette règle sont propres : 1° l'immeuble abandonné par un ascendant à l'un des époux, à la charge de payer ses dettes ; 2° les immeubles acquis à titre d'échange d'un propre ; 3° ceux acquis en remploi des propres aliénés ; 4° les acquisitions à titre onéreux de portions d'immeubles appartenant par indivis à l'un des époux.

1. DES IMMEUBLES POSSÉDÉS PAR LES ÉPOUX AVANT LE MARIAGE (art. 1404, alin. 1).

570. Les immeubles que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage n'entrent point en communauté (art. 1404, alin. 1). Cette disposition est encore une réminiscence de l'ancien droit, dont la tendance était de maintenir les biens dans les familles. Les immeubles de l'un des époux tombés en communauté passeraient pour moitié dans la famille de l'autre, si le mariage était dissous sans enfants.

Le terme *possèdent* doit être pris ici dans le même sens que dans l'article 1402. Il s'agit ici d'une *possession légale à titre de propriétaire*. (Voy. n° 562.)

571. La règle que « les immeubles possédés *avant le mariage* ne tombent pas dans la communauté » souffre une exception. Si

l'un des époux avait acquis un immeuble depuis le contrat de mariage, contenant stipulation de communauté, et avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet intervalle *entrera dans la communauté*, à moins que l'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause du mariage, auquel cas elle serait réglée suivant la convention (art. 1404, alin. 2).

Le motif de la disposition de cet article, qui ne s'applique qu'au cas où il y a *un contrat* de mariage, et non pas aux ventes plus ou moins rapprochées du mariage, est d'empêcher que l'un des époux ne commette une fraude à l'égard de l'autre, et ne soustraie à la communauté les valeurs mobilières qui devaient y entrer d'après le contrat, en les plaçant en immeubles.

Bien que la loi ne le dise pas formellement, il faut appliquer cette règle aussi au cas inverse, où l'époux a vendu un immeuble propre entre le contrat de mariage et la célébration. Le prix lui reste propre. (Troplong, n° 572; Duranton, n° 184; Pothier, *Comm.*, n° 281, 603.)

2. DES IMMEUBLES ÉCHUS AUX ÉPOUX PENDANT LE MARIAGE PAR SUCCESSION (art. 1404, alin. 1).

572. Les immeubles qui échoient aux époux pendant le mariage à titre de succession n'entrent point en communauté (art. 1404, alin. 1). Si la succession est composée de meubles et d'immeubles, les meubles tombent dans la communauté, les immeubles restent propres à l'époux (art. 1414). Le motif est le même que celui donné au n° 570.

S'il lui échoit en partage un immeuble à charge de payer à ses cohéritiers un retour en argent, l'immeuble lui reste propre, sauf indemnité envers la communauté (arg. art. 1407).

Lorsque l'un des époux exerce le retrait successoral en vertu de l'article 841, l'immeuble acquis de cette manière reste propre, le retrait étant un droit de succession, et aussi par la raison de l'article 1408, car c'est une acquisition de portion d'un immeuble.

L'immeuble auquel les ascendants succèdent en vertu de l'article 747, ou les adoptants en vertu de l'article 351, est aussi propre aux successeurs.

3. DES IMMEUBLES DONNÉS OU LÉGUÉS AUX ÉPOUX PENDANT LE MARIAGE (art. 1405, 1402).

573. D'après l'article 246 de la coutume de Paris, l'immeuble donné aux deux époux conjointement, ou à l'un des époux par un *étranger*, ou même par un *parent collatéral, tombait en communauté*, à moins que la donation ne contînt expressément que l'immeuble *serait propre au donataire*. « Il n'y a de si bel acquêt que le don », disait-on.

Mais, si la donation était faite même aux (*futurs*) *époux conjointement*, et que *l'un d'eux* fût enfant ou héritier présomptif du donateur, on présumait, sous l'ancienne jurisprudence, que le donateur n'avait réellement voulu gratifier que son héritier présomptif, et qu'il n'avait employé les mots *aux futurs époux* qu'en considération de la *jouissance* qui devenait commune aux deux époux. L'immeuble demeurait propre au donataire héritier présomptif du donateur. C'était un *avancement d'hoirie*. (Pothier, n° 170.) Le motif est encore celui exposé au n° 570.

Dans ce dernier cas il faut adopter la même présomption encore aujourd'hui; car si l'article 1406 exclut de la communauté l'immeuble cédé *à titre onéreux* par un ascendant à l'un des époux, qui est son descendant, ou à tous les deux, s'ils sont ses descendants, ou aux époux conjointement, dont *l'un* est son descendant, il faut dire, à plus forte raison, que l'immeuble est exclu de la communauté, s'il a été cédé, à titre *gratuit*, aux époux dont l'un est son descendant. (Duranton, n° 189; Toullier, n°s 138-141; Cass. fr., 27 avril 1859, D., 1859, 1, 508.)

574. Le code a changé le principe de l'ancien droit. Les immeubles qui tombent en communauté sont ceux qui sont le produit de la collaboration commune ; ceux qui sont dus à la libéralité d'un tiers, ou d'un parent collatéral, sont exclus de la communauté et propres au donataire. (Discours de Siméon au Corps législatif, n° 21, Locré, XIII, 456.)

Cette règle est énoncée à la fin de l'article 1402 et dans l'article 1405 en ces termes : « Les donations d'immeubles qui ne sont faites pendant le mariage qu'à l'un des deux époux ne tombent point en communauté, et appartiennent au donataire seul, à moins

que la donation ne contienne expressément que la chose donnée appartiendra à la communauté. »

Aucun doute ne se présente donc dans le cas où l'immeuble a été donné à l'un ou à l'autre des époux; il est propre.

575. Mais les immeubles donnés ou légués aux deux époux *conjointement* par un étranger, non ascendant, sont-ils acquêts ou propres ? Il faut distinguer :

1° Si la donation a été faite avec assignation de parts, par exemple à chacun des époux la moitié, il y a deux donations réunies dans le même acte, et l'immeuble est propre à chacun des époux pour sa part (arg. art. 1044, 1671). Il en est de même si les parts sont différentes.

2° La donation a été faite conjointement, sans assignation de parts. Suivant Toullier, n° 135, Marcadé, art. 1406, n° 3, et Odier, n° 125, l'immeuble tombe en communauté. Les partisans de cette opinion invoquent surtout l'argument *à contrario*. L'article 1405 ne déclare propre que l'immeuble donné *à l'un des époux;* donc, dit-on, s'il a été donné aux *deux conjointement,* il est commun ; on rentre alors dans la règle de l'article 1401, n° 3.

Selon Duranton, n° 189, Pont et Rodière, n° 471, Troplong, n° 614, l'immeuble reste propre aux époux, à chacun pour moitié. Cette opinion est préférable ; car il faut présumer que le donateur a été guidé par une affection égale pour l'un et pour l'autre donataire, et qu'il n'a pas voulu faire dépendre de la volonté de l'un l'efficacité de la donation faite à l'autre. C'est ce qui aurait lieu, si l'immeuble tombait en communauté, le mari étant maître d'en disposer, de l'aliéner ; tandis que, si l'immeuble est propre à chacun pour la moitié, il ne pourra aliéner, sans le consentement de la femme, que *sa propre moitié.* L'article 849 prouve à l'évidence la justesse de cette solution ; car, lorsqu'un don a été fait à deux époux conjointement, dont l'un seulement est successible, celui-ci doit en rapporter la *moitié.* (Colmet de Santerre, t. VI, n° 33 *bis*, VII ; Cologne, 5 janv. 1859, B. J., t. 18, 981 ; Bruxelles, 12 août 1861 ; B. J., t. 21, 225 ; Gand, 17 mars 1870, P., 1870, 210.)

576. L'article 1405 s'applique aussi aux donations *sub modo*, c'est-à-dire contenant des charges, sauf à indemniser la communauté, si elle a acquitté les charges. Cependant, si les charges

étaient tellement importantes, qu'elles équivaudraient à la valeur de l'immeuble, l'acquisition devrait être considérée comme ayant été faite à titre onéreux, et l'immeuble serait acquêt de communauté.

577. De même que le donateur peut faire la clause que l'immeuble donné appartiendra à la communauté, de même il peut, si la donation a été faite exclusivement à la femme, limiter les droits d'administration du mari et les droits de jouissance de la communauté (arg. art. 1401, n° 1).

4. DES ACCESSOIRES D'IMMEUBLES.

578. Tout ce qui est réputé accession d'après la loi et qui se joint à l'immeuble propre à l'un des époux, est sa propriété (art. 552-564). Si la communauté a fait des dépenses pour faire des plantations ou constructions sur l'immeuble de l'un des époux, celui-ci en doit la récompense à la communauté (art. 1437).

5. DE L'IMMEUBLE ABANDONNÉ OU CÉDÉ PAR UN ASCENDANT (art. 1406.)

579. L'immeuble abandonné ou cédé par père, mère ou autre ascendant, à l'un des deux époux, soit pour le remplir de ce qu'il lui doit, soit à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, n'entre point en communauté; sauf récompense ou indemnité (art. 1406).

Cette disposition, puisée dans l'ancien droit, est fondée sur ce que les donations ou cessions faites par un ascendant, sont considérées comme des *avancements de succession*, comme des *arrangements* ou *accommodements de famille*, plutôt que comme de nouvelles acquisitions. L'enfant donataire ou cessionnaire prend *actuellement* ce qu'il aurait pris à la mort de son ascendant, avec les charges actuellement existantes, et qui, à la mort du donateur, seraient des charges de la succession. La position que cette cession fait anticipativement au donataire ou cessionnaire, ne diffère pas de celle qu'il aura quand il succédera à son ascendant. Voilà pourquoi, à la rigueur, l'article 1406 ne constitue pas une exception à la deuxième règle du n° 569 ; c'est plutôt une application anticipative de l'article 1404, alin. 1. (Pothier, *Comm.*, n° 139; voy. n° 572.)

Mais la disposition est toujours exceptionnelle, soit qu'on la

considère comme dérogatoire à l'article 1401, n° 3, soit qu'on l'envisage comme une application de l'article 1404, alin. 1; car cette application même des règles sur la succession, faite à un cas où la succession n'est pas encore ouverte, est exceptionnelle. Il faut donc interpréter l'article 1406 restrictivement.

580. La loi ne distingue pas entre les *dettes*, en ce qui concerne leur nature et leur origine. Ainsi, l'article 1406 s'applique aussi au cas où la dette de l'ascendant a pour objet une somme promise à titre de dot, tout comme si la dette avait une autre cause. (Cass. fr., 3 juill. 1844, J. P., 1845, I, 35.)

La loi ne distingue pas non plus si l'époux donataire est directement l'héritier présomptif du donateur ou non. Ainsi l'immeuble est propre, s'il a été, par exemple, cédé par l'aïeul à sa petite-fille, bien que le père de cette dernière fût encore vivant. (Duranton, n° 191; Pont et Rodière, I, n° 466.) Mais il n'en serait pas ainsi si le fils avait cédé un immeuble à son père, quand même ce dernier serait son héritier présomptif.

581. L'article 1406 n'est pas applicable si l'ascendant n'était pas réellement débiteur de son descendant et que la cession eût été faite moyennant un prix réel, à payer par le cessionnaire au cédant. Ce serait une vente ordinaire, et l'immeuble serait un acquêt de la communauté. (Duranton, n° 193; Caen, 1er août 1844, J. P., 1844, II, 621.)

6. DE L'IMMEUBLE ACQUIS A TITRE D'ÉCHANGE D'UN PROPRE (art. 1407).

582. L'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des deux époux n'entre point en communauté, et est subrogé aux lieu et place de celui qui a été aliéné; sauf la récompense s'il y a soulte (art. 1407). Cette subrogation a lieu de plein droit. Il n'y a pas à distinguer si le propre appartient au mari ou à la femme. La soulte (solde, *soluta*), ou différence entre la valeur des deux choses, payée en argent, est ici considérée comme la condition accessoire du contrat d'échange, qui n'en altère pas la nature. La soulte peut être due *par* la communauté ou *à* la communauté.

583. Si la soulte en argent est d'une valeur égale ou beaucoup plus considérable que la valeur de l'immeuble, il y a controverse.

Il faut distinguer :

1° L'immeuble propre avait une valeur de beaucoup supérieure à la valeur de l'immeuble acquis en échange; par exemple, il valait 50,000 francs; celui qui a été acquis en échange vaut 25,000 francs, et il y a eu une soulte de 25,000 francs. L'immeuble acquis en échange est toujours propre, et la communauté doit la soulte;

2° L'immeuble acquis en échange valait beaucoup plus que celui qui a été aliéné, par exemple 50,000 francs, tandis que l'immeuble aliéné ne valait que 25,000 francs. Ici la controverse est sérieuse.

Selon quelques auteurs, l'immeuble acquis est toujours propre, quelque considérable que soit la soulte, sauf récompense. (Toullier, n[os] 149, 150.)

Suivant une autre opinion, il y a vente ; l'immeuble tombe en communauté, sauf indemnité de la valeur de l'immeuble aliéné envers l'époux qui en était propriétaire.

La plupart des jurisconsultes pensent que dans ce cas l'immeuble acquis en échange est propre jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble aliéné, et il est conquêt de communauté pour l'excédant, parce que la convention est alors un mélange de vente et d'échange. Il y a donc une copropriété entre la communauté et l'époux dont l'immeuble a été aliéné. Cette opinion est juste et conforme au texte et à l'esprit de l'article 1407. (Duranton, n° 195; Marcadé, art. 1407, n° 1 ; cass. fr., 31 juillet 1832)

Toutefois, si la valeur de l'immeuble reçu en échange excédait de beaucoup celle de l'immeuble donné en échange, de sorte que ce dernier devrait être considéré comme un appoint, le premier serait un acquêt pour la totalité, sauf récompense de la part de la communauté. (Troplong, n° 637.)

584. La subrogation en vertu de l'article 1407 n'a pas lieu lorsqu'un immeuble a été échangé contre un meuble, avec stipulation que ce dernier serait propre, par exemple contre un tableau, un diamant. Car ce serait changer le contrat de mariage, en vertu duquel tous les meubles acquis d'une manière quelconque tombent en communauté, sauf reprise de la valeur de l'immeuble aliéné par l'époux qui en était propriétaire (art. 1401).

7. DE L'IMMEUBLE ACQUIS EN REMPLOI D'UN PROPRE ALIÉNÉ (art. 1434, 1435).

a. *Définition du remploi.*

585. Lorsqu'un immeuble propre à l'un des époux a été aliéné, et que la communauté acquiert un autre immeuble des deniers provenus de la vente, les rapports de droit résultant de ces deux opérations sont, à la rigueur, ceux-ci :

1° L'époux à qui appartenait le propre est devenu créancier de la communauté pour le prix de la vente (art. 1433);

2° La communauté est propriétaire de l'immeuble acquis de ces derniers (art. 1401, n° 3).

586. Mais il en est autrement par suite de la *fiction de subrogation*. Cette fiction consiste en ce que l'immeuble acquis à la place de l'immeuble aliéné prend la même qualité et position qu'avait l'immeuble aliéné. L'immeuble acquis est subrogé à la place de l'immeuble aliéné. L'article 1407 est une première application de cette fiction.

Cette subrogation s'opère par le *remploi* comme par l'*échange*. Le remploi est le remplacement, par un immeuble acheté pour cet effet, de l'immeuble propre aliéné moyennant une somme d'argent.

Si l'immeuble a été vendu pour un prix en argent, le remploi est facultatif, tandis que, en cas d'échange, le remploi s'opère de plein droit. S'il n'a pas lieu, l'époux dont le propre a été aliéné demeure créancier de la communauté (art. 1433).

L'argent est chose fongible. Les deniers provenant de la vente d'un propre se confondent avec ceux de la communauté; quand la communauté fait une acquisition, on ne saurait donc jamais dire si elle a été faite avec l'argent provenant de l'aliénation du propre. De l'autre côté, tout immeuble est présumé acquêt de la communauté, jusqu'à ce que le contraire soit prouvé (art. 1402). Comment donc reconnaître si un immeuble est acquis en remploi?

Le remploi est d'origine coutumière. Il a été plus tard transporté dans le régime dotal, par l'influence de la coutume de Normandie et par la jurisprudence des parlements.

b. *Des conditions requises pour le remploi.*

aa. POUR LE REMPLOI D'UN IMMEUBLE PROPRE AU MARI (art. 1434).

587. Le remploi est censé fait à l'égard du mari, toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel, et pour lui tenir lieu de remploi (art. 1434).

Faut-il, pour l'efficacité du remploi, la *double* déclaration, et que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'aliénation de son immeuble propre, et que c'est pour lui tenir lieu de remploi? Ou bien, suffit-il de l'une ou de l'autre de ces déclarations? — Suivant quelques auteurs, il suffit d'*une* des deux déclarations prescrites par l'article 1434, parce qu'il en était ainsi sous l'ancien droit, au témoignage de Pothier, *Communauté*, n° 198. Ce serait par inadvertance que les auteurs du code auraient substitué la conjonctive *et* à la disjonctive *ou* dont Pothier s'est servi. (Duranton, n° 428; Odier, n° 325.)

Cette opinion ne peut pas être admise. Il faut nécessairement la *double* déclaration prescrite par l'article 1434. Car : 1° le texte formel de la loi, deux fois répété, exclut toute supposition d'inadvertance de la part des rédacteurs du code (art. 1434, 1435); 2° s'il y a inadvertance, elle est plutôt dans Pothier, qui d'ailleurs ne discute pas la question comme controversée, car la *double* déclaration était impérieusement exigée pour l'efficacité du remploi, d'après l'ancien droit, au témoignage de Renusson (*Tr. des propres*, chap. IV, sect. 2; Lebrun, *De la communauté*, liv. III, chap. 2, dist. 2, n° 62, et Duplessis, *Tr. de la communauté*, liv. II, chap. IV, sect. 2); 3° cette opinion est conséquente avec les principes que le code a établis dans toutes les autres matières. Toutes les fois qu'il s'agit de subrogation, le législateur exige la *double* déclaration et de l'origine des deniers employés et de l'emploi auquel ils sont destinés (art. 1250, 2103, n° 2); 4° enfin, à cause de la facilité même de la confusion des biens propres avec les biens de la communauté, et de la facilité de commettre des fraudes, il faut une déclaration bien formelle et précise, qui permette de faire la vérification de sa sincérité. (Pont et Rodière, I, n° 504 : Troplong, n°s 1120-1122: cass. fr.,

23 mai 1838, J. P., 1838, II, 98; Cass. fr., 20 août 1872, D., 1872, 1, 406.)

588. Il n'est pas nécessaire que les deux déclarations prescrites par la loi soient faites en termes sacramentels ou exprès; il suffit qu'elles soient renfermées dans l'acte et que l'intention du mari soit exempte d'équivoque.

Mais il faut qu'elles soient faites *lors de l'acquisition,* c'est-à-dire *in continenti,* dans l'acte même de l'acquisition; autrement l'immeuble tombe dans la communauté, et une déclaration faite après coup ne lui donnerait plus la qualité de *propre.* (Bruxelles, 28 juillet 1868, B. J., t. 26, 1332,) La déclaration doit être faite dans l'acte d'acquisition, afin que le mari ne puisse pas se servir de sa qualité de chef de la communauté pour spéculer au profit de son patrimoine propre. Lui permettre de faire la déclaration après un intervalle de temps, ce serait lui donner l'option de s'attribuer l'acquisition, dans le cas où elle serait bonne, et de la mettre sur le compte de la communauté, si elle était mauvaise.

bb. POUR LE REMPLOI D'UN IMMEUBLE PROPRE A LA FEMME (art. 1435).

589. Il faut les mêmes déclarations que dans le cas précédent. (Liége, 29 juillet 1876, P., 1876, 387.) Suivant Pothier, n[os] 199 et 200, et Troplong, n° 1122, les déclarations doivent aussi être faites *in continenti.* Mais aucune disposition de la loi ne l'exige; l'article 1435 ne répète pas que la déclaration doit être faite *lors* de l'acquisition, et la volonté du mari seul ne suffit pas pour opérer le remploi. Le danger d'une spéculation déloyale, signalé au numéro précédent, n'existe donc pas dans ce cas. C'était, sous l'ancien droit, l'avis de Dumoulin, partagé aujourd'hui par Pont et Rodière, I, n° 507.

590. De même que le mari ne peut pas aliéner les propres de sa femme sans son consentement, de même il ne peut pas remplacer sans la volonté, c'est-à-dire sans *l'acceptation* de la femme, un immeuble aliéné (art. 1435).

La faculté donnée à la femme de prendre un immeuble en remploi est, de la part du mari, une offre qu'il n'est pas *obligé* de faire, et qui ne le lie qu'autant qu'elle a été acceptée par la femme. Le mari peut donc la rétracter, avant l'acceptation, malgré

sa déclaration, faite au contrat d'acquisition, qu'il acquiert l'immeuble pour tenir lieu de remploi à la femme; car cette déclaration est, à l'égard de la femme, *res inter tertios acta*. (Toullier, n° 360.)

La femme peut accepter le remploi tant que l'offre n'a pas été rétractée, mais seulement *avant* la dissolution de la communauté. Car autrement elle pourrait abuser de sa faculté d'opter, en acceptant le remploi avantageux et en répudiant l'acquisition si elle était onéreuse. (Séance du conseil d'État du 13 vendémiaire an XII, n° 16, Locré, XIII, 193-195.)

Les tiers acquéreurs ne sont pas tenus de surveiller le remploi du prix des propres aliénés, quand même le remploi serait expressément stipulé au contrat de mariage; ils sont valablement libérés par la quittance émanée du vendeur. (Orléans, 19 mars 1868, D., 1868, 2, 196.)

591. L'acceptation ne doit pas nécessairement être faite lors de l'acquisition; elle peut être faite par un acte postérieur. Mais, dans ce dernier cas, l'acceptation n'a pas d'effet rétroactif à l'égard des tiers. Tous les actes faits par le mari, à l'égard de cet immeuble, jusqu'à l'acceptation du remploi par la femme, sont valables, parce que, jusque-là, l'immeuble appartenait à la communauté.

592. Quant à la *forme* de l'acceptation, l'ancien droit n'en exigeait aucune. Il attribuait l'effet du remploi à la présence et à la signature de la femme dans l'acte d'acquisition, si le mari avait déclaré qu'elle était faite pour tenir lieu à la femme de son remploi. (Pothier, *Comm.*, n° 200.)

L'intervention seule de la femme dans l'acte ne suffit plus pour opérer remploi; elle peut avoir eu lieu pour coobliger la femme. La loi exige une *acceptation formelle*, exprimée d'une manière claire et qui ne laisse aucun doute sur ses intentions (art. 1435). L'autorisation du mari d'accepter le remploi est renfermée dans son offre. (Pont et Rodière, n° 510; Cass. fr., 26 juillet 1869, D., 1869, 1, 455, et sur renvoi Rouen, 23 fév. 1870, D., 1871, 2, 235.)

L'acceptation ne doit pas nécessairement être faite par acte *authentique*; elle peut l'être par acte sous *seing privé*, sauf, quant à son effet à l'égard des *tiers*, la disposition de l'article 1328 du code et l'article 1er de la loi française du 23 mars 1855 et l'article 1er de la loi belge du 16 décembre 1851.

593. Lorsque le remploi est *conventionnel,* c'est-à-dire lorsqu'il a été stipulé dans le contrat de mariage que le remploi des propres de la femme, aliénés pendant le mariage, aurait lieu sur le premier immeuble que le mari acquerrait après l'aliénation, l'acceptation de la femme est-elle nécessaire? *Non,* suivant Toullier, nos 362, 363. Il s'opère de plein droit, parce que le mari a agi comme mandataire de la femme; son mandat n'était pas limité par un prix. S'il n'y a pas de fraude dans l'exécution de ce mandat, il lie la femme.

L'avis contraire est préférable, parce que la loi ne distingue pas, et que la clause qui prescrit le remploi sur les premières acquisitions est tout entière dans l'intérêt de la femme et ne doit pas tourner contre elle. On ne peut pas présumer que la femme, en stipulant une *garantie* des remplois, ait voulu renoncer au droit d'acceptation, que la loi lui donne en l'absence de toute convention. (Zachariæ, § 507.)

Nous croyons qu'un des effets de la stipulation de remploi dans le contrat de mariage, c'est que la femme pourrait accepter le remploi encore après la dissolution de la communauté, son option étant un droit *acquis* par le contrat de mariage.

c. *Effets du remploi.*

594. Si toutes les conditions prescrites, exposées aux nos 587-593, ont été observées, l'immeuble acquis est un propre de l'époux pour lequel le remploi a été fait. Ce dernier devient propriétaire définitif de l'immeuble nouvellement acquis, comme il était propriétaire du bien aliéné. Il en a le *commodum* comme il en supporte les risques. La communauté est libérée envers lui, et si le propre appartenait à la femme, le mari est aussi libéré envers elle.

Le remploi suppose que l'époux était réellement propriétaire de son immeuble aliéné. S'il ne l'était pas et si l'acquéreur de ce propre a été plus tard évincé, l'immeuble acquis en remploi devient dès lors acquêt de la communauté.

d. *Questions diverses relatives au remploi.*

595. 1° Le remploi peut-il être stipulé par anticipation? C'est-à-dire peut-on stipuler qu'il servira pour remplacer un immeuble

que l'un des époux se *propose* d'aliéner? Non, suivant les uns, parce qu'on ne peut pas remplacer une chose qui n'est pas encore déplacée, et à cause du texte positif des articles 1434 et 1435, qui prescrivent que l'acte doit déclarer que l'acquisition est faite des *deniers* PROVENUS *de l'aliénation de l'immeuble*. (Toullier, n° 370; Odier, n° 336; Paris, 27 janvier 1820; Bourges, 1er août 1838.)

Pont et Rodière, n° 512, et Marcadé, art. 1435 4°, sont pour la validité du remploi anticipatif, pourvu que les diverses conditions requises par la loi soient remplies. Zachariæ, § 507, pense que le remploi est valable en ce qui concerne les rapports des époux entre eux, mais qu'il n'est pas valable en ce qui concerne leurs rapports avec les tiers et surtout avec les personnes qui, avant l'aliénation du propre, auraient acquis des droits réels sur les immeubles anticipativement destinés au remploi. Suivant une autre opinion, le remploi anticipatif n'est valable qu'en faveur de la femme. (Angers, 6 mars 1844, J. P., 1845, I, 704.)

Le remploi anticipatif est admissible, mais sous deux restrictions :

a. Sous la réserve des droits des tiers, indiquée par Zachariæ. Car, tant que le propre, en remplacement éventuel duquel l'acquisition a été faite, n'a pas été aliéné, l'objet de la nouvelle acquisition est acquêt de la communauté, dont le mari peut disposer; tous les droits établis sur la chose, au profit des tiers, sont valablement établis;

b. Le remploi anticipatif n'est admissible qu'en faveur de la femme. Il est contraire à l'esprit de la loi, non-seulement que l'un des époux puisse tirer un profit personnel de la communauté, mais encore qu'il puisse se servir de la communauté comme d'un moyen de spéculation pour acquérir personnellement des avantages qui auraient dû être communs. Or, le mari, qui a le droit de disposer des biens de la communauté, pourrait, en acquérant des immeubles, stipuler chaque fois qu'ils tiendront lieu de remploi de ceux qu'il se propose de vendre et se ménager ainsi les moyens de consommer le remploi si l'acquisition devient avantageuse, ou, dans le cas contraire, d'y renoncer, en s'abstenant d'aliéner. (Troplong, n° 1154.)

596. 2° La sincérité du remploi peut-elle être contestée? Le mari ne peut jamais contester la sincérité de la déclaration qui

émane de lui. Nul ne peut impugner son propre fait. La femme ou ses héritiers peuvent contester la sincérité du remploi fait pour le mari. Les tiers peuvent attaquer la sincérité de l'un et de l'autre. Mais la circonstance que les deniers provenus de l'aliénation d'un immeuble n'ont pas été directement employés à l'acquisition d'un autre ne suffit pas pour attaquer le remploi. Le remploi est sincère si le prix du bien vendu a été versé dans la communauté.

597. 3° La qualité de propre appartient-elle à un immeuble acquis en remploi des propres mobiliers, ou acquis avec les deniers propres à l'un des époux? Duranton, n° 389, est pour la négative, à cause de l'article 1401, n° 3, et parce que le cas n'a pas été prévu par la loi. L'opinion contraire est juste *ex ratione legis*; elle est confirmée par l'article 1470, n° 1, d'après lequel l'époux ou son héritier prélève, à la dissolution de la communauté, sur la masse des biens, ses *biens personnels* existant en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi ; et la loi ne distingue pas entre le remploi fait pour un immeuble et celui fait pour un meuble. (Toullier, n° 356; Pont et Rodière, n° 513; Troplong, n°s 1155-1157 ; Caen, 6 mai 1839; Paris, 21 fév. 1868, D., 1868, 2, 49.)

Enfin l'article 1595, n° 2, déclare valable même la vente que le mari a faite à sa femme, lorsqu'elle a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de *deniers* à elle appartenant. (Chambéry, 21 fév. 1876, D., 1877, 2, 47 ; Liége, 19 mai 1873, P., 1873, 240; Cass. belge, 29 janv. 1874, P., 1874, 71 ; Brux., 25 juin 1874, P., 1875, 62.)

598. 4° Que faut-il décider si le prix de l'immeuble acquis en remploi est supérieur au prix provenu de l'immeuble vendu ? La disposition de l'article 1407 étant exceptionnelle n'est pas applicable ici. L'immeuble acquis ne sera propre que jusqu'à concurrence du prix pour lequel l'immeuble propre a été vendu ; il sera conquêt de la communauté pour le surplus. Cependant, si la différence était de fort peu d'importance, le nouvel immeuble serait propre en entier, sauf récompense à la communauté. (Pothier, n° 198 ; Duranton, n° 391; Bruxelles, 29 juillet 1850, B. J., t. 10, 1537.)

8. DE L'ACQUISITION A TITRE ONÉREUX DE PORTION D'IMMEUBLE APPARTENANT PAR INDIVIS A L'UN DES ÉPOUX (art. 1408).

599. L'article 1408 dit : « L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition. Dans le cas où le mari deviendrait seul, et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolution de la communauté, a le choix ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix ; ou de retirer l'immeuble, en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition. »

L'origine de cette disposition se trouve dans le droit romain. « Si la femme a apporté en dot une part indivise d'un fonds, dit le fr. 78, § 4, D., *De jure dotium*, 23, 3, et que, sur l'action en partage intentée pendant le mariage par le copropriétaire de ce fonds, le mari s'est rendu adjudicataire de la totalité de cet immeuble, la femme et le mari ont, lors de la dissolution du mariage, le droit, l'un de restituer, l'autre d'exiger la totalité de l'immeuble ; et la femme doit alors rembourser au mari la somme qu'il a dû payer au précédent copropriétaire du fonds. » L'ancienne jurisprudence avait adopté cette solution et l'avait combinée avec les principes sur l'effet rétroactif des partages, lesquels sont aussi applicables à la licitation, ou à tout autre acte équivalent qui fait cesser l'indivision. Elle était reçue dans l'ancien droit coutumier du Brabant. (Voy. jugement du tribunal de Bruxelles, 26 déc. 1866, B. J., t. 25, 148.)

L'époux qui était propriétaire par indivis d'une portion d'immeuble et qui, par suite de partage ou de licitation, acquiert la totalité, est censé avoir succédé à cette totalité immédiatement après le décès du défunt (art. 883).

La rédaction du projet primitif de l'article 1408 en bornait l'application au cas où l'immeuble était acquis par licitation sur une succession échue en partie à l'un des époux. La section de législation du Tribunat proposa de l'étendre à tous les cas où il y aurait possession indivise d'immeubles, à quelque titre que ce

soit. En second lieu, elle proposa, à cause de la parité des motifs, de généraliser la disposition et de l'appliquer à *tous* les cas d'acquisition volontaire, que ce fût par licitation ou autrement, de la part de l'époux déjà propriétaire d'une *portion* indivise. (Observations du Tribunat, n° 8, Locré, XIII, 246.)

La seconde partie de l'article 1408 contient un avantage pour la femme, admis déjà par l'ancienne jurisprudence. Sa rédaction primitive attribuait l'immeuble à la communauté, dans le cas où la femme avait procédé seule dans la licitation, comme autorisée en justice au refus du mari, et où ce dernier s'était rendu seul adjudicataire en son nom personnel. Sur la proposition de Tronchet, l'option de la femme, conformément à l'ancien droit, fut rétablie. (Séance du conseil d'État du 13 vendémiaire an XII, n° 9, discours de Simon, n° 22, Locré, XIII, 190-192, 456.)

600. Comme autrefois, il y a encore controverse sur le point de savoir si l'article 1408 doit s'appliquer au cas où *l'un des époux se rend adjudicataire de la totalité de l'immeuble vendu par suite d'expropriation forcée sur lui et sur ses copropriétaires*. Les défenseurs de la *négative* se fondent sur ce que, dans l'hypothèse proposée, le cohéritier ou copropriétaire acquiert par l'adjudication non pas *une portion* de l'immeuble, mais *l'immeuble entier*, non comme héritier, mais comme acheteur. Cette manière de voir n'est pas juste; car le décret d'expropriation ne change rien à la qualité personnelle du cohéritier, ou copropriétaire, qu'il n'a jamais perdue. La propriété n'a jamais été en d'autres mains, pas même pendant un instant; il n'y a pas eu de propriétaire intermédiaire entre le défunt et son héritier jusqu'au moment de l'adjudication. L'immeuble acquis sur expropriation est donc propre. (Toullier, n° 159; Pont et Rodière, I, n° 484; *contrà*, Bordeaux, 10 août 1870, D., 1871, 2, 153.)

601. La loi dit : *De portion d'immeuble, dont l'un des époux était propriétaire par indivis*. Peu importe de quelle importance soit la *part* indivise de l'un des époux, et peu importe aussi à quelle époque ait commencé le droit à la portion indivise, que ce soit *avant* ou *pendant* le mariage. C'est une erreur de la part de Toullier, n°s 156 et 159, de soutenir que l'article n'est applicable que lorsque l'indivision est née *avant* le mariage. Il n'y a aucune raison de décider ainsi.

602. Suivant plusieurs auteurs, l'article 1408 est applicable si l'indivision vient à cesser d'une manière absolue au profit de l'époux copropriétaire, par l'effet d'un acte quelconque, par exemple par vente à l'amiable, ou par cession de la totalité de l'immeuble, par transaction, etc., d'accord en cela avec l'ancienne jurisprudence; mais qu'il n'est pas applicable, et que l'acquisition est un conquêt de la communauté, *si elle ne fait pas cesser l'indivision d'une manière absolue*, par exemple si l'un des copropriétaires avait vendu une *autre portion indivise* à l'époux propriétaire d'une portion. (Pothier, n° 148; Pont et Rodière, n° 485.)

Cette doctrine est contraire au texte de la loi et au but clairement énoncé par le législateur, qui a adopté la proposition de la section du Tribunat, précisément pour généraliser la disposition. D'ailleurs, cette doctrine aurait pour résultat d'établir une nouvelle indivision entre la communauté et l'époux propriétaire de la portion indivise. (Lyon, 21 janvier 1876, D., 1878, 2, 38.)

603. L'article 1408 s'applique dans tous les cas où, sans cette disposition spéciale, l'acquisition faite pendant le mariage serait devenue un conquêt de la communauté, donc, toutes les fois que l'un des époux acquiert, à *titre onéreux*, une portion indivise d'un immeuble dont il était déjà propriétaire en partie. S'il faisait l'acquisition d'une partie à titre gratuit, par succession ou par donation, cette partie formerait un propre, en vertu de l'article 1404, alinéa 1.

Mais, si une partie de l'immeuble dont un des époux était copropriétaire par indivis avait été *donnée* à condition qu'elle tomberait dans la communauté, cette partie ne serait pas un propre. De même, si une partie indivise avait été donnée à l'autre conjoint, non propriétaire de l'autre portion indivise, cette partie lui serait propre et ne tomberait pas sous l'application de l'article 1408.

604. L'article 1408, alinéa 2, dit : *seul et en son nom personnel*. Quand même le mari aurait déclaré, dans l'acte d'acquisition, qu'elle était faite pour la femme, celle-ci n'en aurait pas moins le droit d'option, le mari ne pouvant pas obliger la femme malgré elle. Elle perdrait ce droit si elle avait donné au mari mandat formel d'acquérir pour elle, ou si elle était intervenue dans l'acte contenant l'acquisition pour elle. Dans ces deux der-

niers cas, l'immeuble ou la partie de l'immeuble serait nécessairement propre à la femme. Mais la femme conserve son option si le mari a acquis pour la communauté; car, en agissant pour la communauté, il agit toujours en nom personnel. La femme conserverait l'option, quand même elle serait intervenue dans l'acte d'acquisition pour le mari ou pour la communauté. (Duranton, n° 204; Pont et Rodière, n° 493.)

605. La *femme* a le choix de retirer l'immeuble ou de l'abandonner à la communauté *tout entier*, c'est-à-dire aussi la portion qu'elle avait déjà avant l'acquisition de l'autre portion. Ce droit d'option n'appartient jamais au mari, puisqu'il dépendait de lui d'acquérir ou de ne pas acquérir; il appartient également aux héritiers de la femme. Le droit de la femme de retirer l'immeuble s'appelle *retrait d'indivision*.

606. *La femme a ce choix lors de la dissolution de la communauté*. De là deux questions :

1° Quand la femme *peut*-elle exercer le choix? Le peut-elle *avant* la dissolution de la communauté? Il faut distinguer :
Si le mari y consent, la femme peut reprendre l'immeuble pendant le mariage, tout aussi bien qu'elle aurait pu l'acquérir dès le principe; mais elle ne peut pas exercer ce choix sans l'autorisation de son mari. Ainsi son *droit* à l'option ne *s'ouvre* qu'à la dissolution de la communauté.

2° Quand *doit*-elle exercer le choix? Ou quand son droit de choisir cesse-t-il? Suivant Toullier, n° 168, la femme qui renonce à la communauté, ou ses héritiers, ont trente ans pour exercer le retrait. Cela est vrai si les héritiers du mari et la femme restent dans l'inaction, sans demander la liquidation de leurs droits. Mais la femme ne peut pas invoquer son droit de choisir pendant trente ans pour retarder la liquidation de la communauté ou pour continuer l'indivision. La loi veut qu'elle choisisse *lors de la dissolution*. Le mari ou ses héritiers peuvent donc la sommer de se prononcer, si elle veut retirer l'immeuble ou non. (Pont et Rodière, n° 495.)

607. C'est une question controversée que celle de savoir quelle est, *pendant le mariage*, la nature de la portion de l'immeuble dont la femme n'est devenue propriétaire que par l'achat fait au nom du mari. Est-ce un propre ou un conquêt? Ceux qui

prétendent que c'est un conquêt se fondent sur l'article 1401, n° 3. Mais c'est une erreur; car il résulte suffisamment de l'article 1408, alin. 1, que cette partie est un propre. Il en serait ainsi, quand même le 2ᵉ alinéa de l'article 1408 n'existerait pas. Le 2ᵉ alinéa ne détruit pas le 1ᵉʳ et n'en diminue pas l'étendue, mais il ajoute, en faveur *de la femme,* le droit de *répudier,* c'est-à-dire de ne pas l'accepter *comme un propre* et de le laisser à la communauté. Le mari a alors agi en vertu d'un mandat tacite de sa femme. (Troplong, n° 648; Cass. fr., 2 déc. 1867, D., 1867, 1, 469. *Contrà :* Bordeaux, 15 mai 1871, D., 1871, 2, 237; Laurent, XXI, 347-348.)

De là il suit : 1° que l'immeuble lui est propre si la femme ne répond pas à la sommation de l'abandonner ou de le retirer; 2° que le retrait a tous les effets de la condition résolutoire, et que toutes les dispositions faites par le mari à l'égard de cet immeuble viennent à tomber. D'ailleurs, s'il en était autrement, le droit de retrait pourrait être illusoire, si le mari avait aliéné ou hypothéqué l'immeuble.

§ II. Du passif de la communauté et des actions qui en résultent contre la communauté (art. 1409-1420).

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

608. De même que l'on distingue *l'actif de la communauté* de l'actif *propre* à chacun des époux, de même il y a un *passif,* c'est-à-dire des dettes qui sont à la charge de la communauté, et d'autres qui sont *propres* ou *personnelles* à chacun des époux. Dans l'examen des règles sur le passif de la *communauté* et sur le passif *personnel* des époux, il faut toujours bien distinguer deux questions :

1° Par qui la dette doit-elle être *supportée?*

2° Qui est *responsable du payement* de la dette? Ou qui doit *payer* la dette? Car, il y a des dettes qui peuvent être *poursuivies* contre la communauté, mais qui doivent, en définitive, être *supportées* par l'un ou l'autre époux personnellement. De même, il y a des dettes qui peuvent être poursuivies contre chacun des époux personnellement, mais qui doivent être supportées par la communauté.

L'intitulé de ce paragraphe est plus restreint que la matière qu'il contient; car il n'y est pas seulement traité des actions contre la communauté, mais aussi des actions contre les époux personnellement du chef des dettes de la communauté.

I. DES DETTES QUI FORMENT LE PASSIF DE LA COMMUNAUTÉ.

A. *Des dettes des époux antérieures au mariage.*

609. Toutes les dettes *mobilières* dont les époux étaient grevés au jour de la célébration entrent en communauté et doivent être supportées par elle, quand même ces dettes dépasseraient de beaucoup la valeur du mobilier apporté par l'époux débiteur. La communauté, en règle générale, n'a pas droit à récompense. La règle s'applique également aux dettes contractées par les époux ou par la femme seule depuis la passation du contrat, et avant la célébration du mariage.

610. Le caractère de la dette se détermine d'après la chose qui en est l'objet (arg. art. 526, 529). Ainsi, sont mobilières les dettes qui ont pour objet le payement d'un effet mobilier ou d'une somme d'argent, quelle qu'en soit la cause ou l'origine. La dette de cette nature est mobilière, quand même elle serait garantie par une hypothèque. (Liége, 17 janvier 1878, P., 1878, 202.) L'obligation de faire ou de ne pas faire est une dette mobilière, quand même elle serait relative à un immeuble, par exemple à l'exécution d'un bail, à la délivrance d'un immeuble; de même, l'obligation de payer des dommages-intérêts résultant de l'inexécution ou de l'exécution incomplète, ou du retard apporté à l'exécution de l'obligation de délivrer un immeuble, ainsi que l'obligation de garantir contre l'éviction.

Les rentes perpétuelles dues par l'un des époux sont des dettes mobilières (art. 530).

Sont immobilières : l'obligation principale de délivrer un immeuble, et celle de constituer une hypothèque ou une servitude réelle sur un propre que l'époux possède. L'obligation de délivrer un immeuble que l'on ne possède pas, ou de constituer une hypothèque ou servitude sur un immeuble dont on n'est pas pro-

priétaire, est une obligation de faire et constitue une dette mobilière.

Les dettes mobilières qui ne sont pas personnelles à l'un ou à l'autre des époux, mais qui grèvent leurs biens au moment du mariage, ne tombent pas dans la communauté; par exemple la dette d'un tiers, à laquelle l'un des époux avait affecté son bien en hypothèque. (Paris, 18 mars 1872, D., 1873, 2, 19.)

611. Les dettes de la femme tombent en communauté, comme celles du mari. « Qui épouse la femme, épouse les dettes », dit le vieil adage. Mais la communauté n'est tenue des dettes mobilières contractées avant le mariage par la femme, qu'autant qu'elles résultent d'un acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu, avant la même époque, une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou de plusieurs signataires dudit acte (art. 1410, alin. 1). Le motif de cette disposition est d'empêcher la femme d'éluder, par des antidates, la défense d'engager la communauté sans le consentement du mari; elle ne s'applique pas aux dettes du mari, parce qu'il n'y a pas d'intérêt à distinguer si sa dette est antérieure au mariage ou si elle a été contractée pendant le mariage. Dans les deux cas, elle tombe dans le passif de la communauté. D'après l'ancienne jurisprudence aussi, la dette de la femme contractée avant le mariage n'obligeait la communauté qu'autant que le créancier justifiait de la vérité de la date. Le juge avait un pouvoir discrétionnaire d'apprécier, suivant les circonstances, si la date était sincère. (Pothier, n° 259.)

Aujourd'hui, la vérité de la date doit être jugée d'après les principes sur la preuve en cette matière. Le mari doit être considéré, à l'égard de la femme, comme un tiers. Il faut combiner l'article 1410 avec les autres règles sur la preuve prescrite par l'article 1328, dont il est une application. La communauté est donc aussi tenue de la dette contracté sous seing privé, si la substance de cet acte est constatée dans des actes authentiques antérieurs au mariage. Par la même raison, l'article 1410 n'est pas applicable aux dettes dont le créancier n'a pas pu se procurer une preuve littérale, telles que celles qui résultent d'un délit, d'un quasi-délit ou d'un quasi-contrat (art. 1348, et *suprà*, nos 333-337).

Les dettes de la femme n'ayant pas de date certaine ne peuvent être poursuivies que sur la nue propriété de ses biens et sur les revenus des biens dont elle s'est réservé la jouissance pour son entretien personnel (art. 1410, alin. 2).

612. Le mari qui prétendrait avoir payé pour sa femme une dette antérieure au mariage, mais n'ayant pas date certaine, n'en peut demander la récompense ni à sa femme, ni à ses héritiers (art. 1410, alin. 3). Cette règle est une application de l'article 1338, alin. 3 (*suprà*, n° 370). En payant, le mari reconnaît implicitement que la dette a été contractée *avant* le mariage, à moins qu'il ne paye avec réserve de ses droits, et qu'il ne déclare qu'il ne paye que pour éviter l'expropriation des biens personnels de sa femme (Besançon, 4 mars, 1878, D., 1879, 2, 48). L'aveu du mari que l'engagement de la femme est antérieur au mariage, met la dette à la charge de la communauté. (Brux., 1er avril 1876, P., 1877, 29.)

L'article 1410, alin. 3, ne traite que des dettes *mobilières* de la femme, qui seraient à la charge de la communauté si elles avaient date certaine, mais non pas de celles qui, d'après les règles générales, sont *propres*. Ainsi, un mari qui a payé une dette personnelle de la femme a droit à la récompense.

613. En règle, avons-nous dit au n° 609, la communauté n'a pas droit à récompense du chef des dettes qui grevaient les époux au jour de la célébration du mariage. Cette règle souffre exception dans le cas où ces dettes sont relatives aux immeubles propres à l'un ou l'autre des époux. Telles sont les dettes qui ont pour cause le prix d'un immeuble propre à l'un des époux, ou la soulte ou retour de lot dans un partage qui lui a attribué plus d'immeubles qu'à son copartageant, ou les dettes d'une succession immobilière échue *avant* le mariage, ou les charges d'une donation d'immeubles faite *avant* le mariage, ou ce qu'il doit pour amélioration de son immeuble, par exemple à un architecte pour constructions, ou les sommes qu'il doit pour rachat des charges qui grevaient son immeuble (art. 1409, 1°, 1437; Cass. fr., 20 août 1872, D., 1872, 1, 406). La communauté est tenue de ces dettes, sauf récompense; mais la récompense n'est due que dans le cas où l'immeuble, par rapport auquel la dette a été contractée, appartient encore à l'époux lors de la célébra-

tion du mariage; car, s'il ne l'avait plus, ces dettes ne seraient pas relatives à un de ses *propres*. La récompense n'est pas dûe et la dette est à la charge de la communauté si elle est relative à un immeuble dont un des époux n'a que l'usufruit. (Liége, 17 janv. 1878, P., 1878, 202. Pothier, n° 239.)

La règle qui précède est fondée sur le principe de justice que l'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui. Si la communauté devait supporter la dette relative à un immeuble propre à l'un des époux, et qui aurait servi-à lui procurer ce propre ou à l'améliorer, l'époux se trouverait enrichi aux dépens de la communauté. C'est pourquoi il n'y a pas lieu à récompense si l'époux ne se *trouve* plus enrichi, c'est-à-dire s'il n'a plus l'immeuble au moment de la célébration du mariage.

B. *Des dettes qui grèvent les successions et donations échues pendant le mariage* (art. 1409, alin. 1, 1411-1418).

1. RÈGLES COMMUNES A TOUS LES CAS.

614. 1° Les dispositions qui vont suivre doivent être combinées avec les règles sur *l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire* (art. 793-810) et avec les règles sur la *séparation des patrimoines* (art. 878-881). Si les époux ou l'un d'eux n'acceptent une succession que sous bénéfice d'inventaire, lui, ainsi que la communauté, profitent de tous les avantages attachés à cette acceptation. De même, les créanciers d'une succession peuvent demander la séparation de patrimoine, afin de l'empêcher de se confondre avec la communauté et d'exclure les créanciers de la communauté, de concourir avec eux sur les biens de la succession;

2° Les créanciers de la succession peuvent toujours poursuivre leur payement sur tous les biens de la succession;

3° Les dettes d'une succession échue au mari, et acceptée par lui sans bénéfice d'inventaire, peuvent, en outre, être poursuivies sur tous les biens de la communauté, comme sur ses biens personnels (art. 1412, 1416);

4° Les dettes d'une succession acceptée par la femme, comme autorisée en justice au refus du mari, ne peuvent, en général, pas être poursuivies sur les biens de la communauté, mais

seulement sur la nue propriété de ses biens personnels (art. 1426, 1417);

5° Les dettes d'une succession acceptée par la femme, avec le consentement du mari, peuvent, en général, être poursuivies sur tous les biens de la communauté, comme sur tous les biens personnels du mari et sur ceux de la femme (art. 1419, 1416);

6° Toutes les fois que la communauté, ou l'un des époux, a dû payer les dettes d'une succession échue à l'autre époux et lui appartenant *personnellement*, ce dernier doit récompense.

2. DES SUCCESSIONS PUREMENT MOBILIÈRES.

615. Les dettes des successions purement mobilières qui sont échues aux époux pendant le mariage, sont pour le tout à la charge de la communauté (art. 1411).

Si la succession a été acceptée par le mari, ou par la femme avec l'autorisation de son mari, toutes ses dettes, mobilières ou immobilières, tombent, de même que son actif, dans la communauté. (Pothier, n° 260.)

Mais si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice au refus du mari, la communauté n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de l'actif dont elle a profité, à moins que le mari n'ait négligé de faire constater par inventaire régulier la consistance de la succession. S'il l'a négligé, il s'opère par sa faute une confusion et, par exception à la règle du n° 614, 4°, la communauté est tenue de toutes les dettes (arg. art. 1416, alin. 2, 1417). (Zachariæ, § 513, n° 1°.)

616. Si l'époux, auquel une succession mobilière est échue, avait contre le défunt une créance qui lui était propre, ou bien si l'époux héritier avait, envers le défunt, une dette personnelle qui n'était pas tombée dans la communauté, il ne s'opère pas de confusion (art. 1300). Dans le premier cas, la communauté doit payer la créance; dans le second, l'époux doit la payer à la communauté. La communauté doit être considérée comme un tiers cessionnaire des droits successifs. (Pothier, n°s 262, 263.)

3. DES SUCCESSIONS PUREMENT IMMOBILIÈRES (art. 1412, 1413).

617. *Cujus est commodum, ejus est incommodum*. Par ce motif, toutes les dettes, tant mobilières qu'immobilières, sont *à la*

charge de l'époux auquel la succession est échue, cette succession lui étant propre (art. 1412, 1413, *suprà*, n° 572). Par la même raison, les intérêts et arrérages de ces dettes sont à la charge de la communauté (art. 1401, n° 2; 1409, nos 3 et 4). Mais, quant aux poursuites contre la communauté, la loi fait une distinction :

1° Si la succession est échue *au mari*, les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur payement, soit sur tous les biens propres au mari, soit même sur ceux de la *communauté;* sauf, dans ce second cas, la récompense due à la femme ou à ses héritiers (art. 1412, alin. 2).

618. 2° Si la succession purement immobilière est échue à la femme, et que celle-ci l'ait acceptée *du consentement de son mari*, les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur payement *sur tous les biens personnels de la femme;* mais si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice au refus du mari, les créanciers, en cas d'insuffisance des immeubles de la succession, ne peuvent se pourvoir que sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme (art. 1413).

Ainsi, et nonobstant le principe que les dettes contractées par la femme avec l'autorisation de son mari peuvent être poursuivies contre ce dernier et contre la communauté, quand même la femme aurait accepté la succession immobilière du *consentement de son mari*, les créanciers ne peuvent poursuivre leur payement que *sur les biens personnels de la femme*, capital et intérêts, mais non pas sur les biens de la communauté, ni sur ceux du mari.

Presque tous les auteurs adoptent cette interprétation conforme au texte de la loi et motivée par la raison. Car ni le mari ni la communauté ne retirent un avantage de cette succession; elle est tout entière propre à la femme, et la confusion de ces immeubles avec les biens de la communauté ne peut pas avoir lieu, puisque les immeubles conservent leur existence individuelle. De plus, si la communauté et le mari se rendaient personnellement responsables par le consentement d'accepter une succession immobilière, ce dernier refuserait toujours le consentement, d'autant plus qu'alors même que la femme l'aurait acceptée avec l'autorisation de la justice, la communauté en aurait la jouissance. Le seul effet qu'entraîne en ce cas l'autori-

sation maritale, c'est de permettre aux créanciers de poursuivre le payement des dettes de la succession non-seulement sur la *nue propriété*, mais aussi sur les *revenus* des biens personnels de la femme. Mais cette renonciation éventuelle du mari aux revenus est compensée par les revenus éventuels des biens dépendants de la succession, lesquels entrent dans la communauté. (Pont et Rodière, I, n[os] 578, 579.)

L'opinion de Toullier, n[os] 282 et 283, d'après laquelle, même dans ce cas, les dettes de la succession peuvent être poursuivies contre le mari et sur les biens de la communauté, est généralement réprouvée.

4. DES SUCCESSIONS EN PARTIE MOBILIÈRES ET EN PARTIE IMMOBILIÈRES (art. 1414, 1417).

619. Lorsque la succession échue à l'un des époux est en partie mobilière et en partie immobilière, les dettes dont elle est grevée ne sont à la charge de la communauté que jusqu'à concurrence de la portion contributoire du mobilier dans les dettes, eu égard à la valeur de ce mobilier comparée à celle des immeubles. Cette portion contributoire se règle d'après l'inventaire auquel le mari doit faire procéder, soit de son chef, si la succession le concerne principalement, soit comme dirigeant et autorisant les actions de sa femme, s'il s'agit d'une succession à elle échue (art. 1414). Cette disposition n'est pas applicable à la succession échue à l'un des conjoints avant le mariage. (Gand, 7 juillet 1877, B. J., t. 36, 1287; P. 1878, 46.)

Dans le cas de l'article 1414, il y a de fait *deux successions* : l'une, composée d'effets mobiliers; elle tombe dans la communauté; l'autre, composée d'immeubles; elle demeure *propre* à l'époux auquel elle est échue. On fait une seule masse de toutes les dettes, mobilières ou immobilières, sans distinction de leur origine. L'époux et la communauté supportent, dans les dettes, chacun une part proportionnée à la valeur de l'actif qu'il reçoit. Cette valeur doit être constatée par inventaire. Il faut distinguer :

620. 1° Un inventaire exact et fidèle a été fait : Que la succession soit échue au mari ou à la femme, lorsque celle-ci l'a acceptée du *consentement de son mari*, l'inventaire ne fait pas

obstacle à ce que les créanciers de cette succession poursuivent leur payement non-seulement sur les biens personnels de l'époux, à qui elle est échue, mais aussi sur *les biens de la communauté*, par dérogation à la règle de l'article 1413 expliquée au n° 618; le tout sauf les récompenses respectives (art. 1416, alin. 1). Les dettes peuvent alors être poursuivies sur les biens de la communauté pour l'*intégralité*, et sans distinguer quelle est la portion contributoire du mobilier ou des immeubles. L'article 1414, qui prescrit cette répartition, ne règle que les rapports entre les époux, mais non pas les rapports entre les *créanciers* et la communauté ou l'un des époux. Il serait difficile et onéreux pour les créanciers de répartir leurs actions d'après la part contributoire fixée dans l'article 1414; d'autant plus qu'ils ne doivent pas être appelés à assister à l'inventaire que le mari doit faire conformément à l'article 1414, alin. 2.

Si la succession n'a été acceptée par la femme que comme *autorisée en justice* au refus du mari, les créanciers ne peuvent poursuivre leur payement que sur les biens tant mobiliers qu'immobiliers de ladite succession, et en cas d'insuffisance, *sur la nue propriété* des autres biens personnels de la femme (art. 1417). (Voy. *suprà*, n° 614, 4°.)

621. 2° Il n'y a pas eu d'inventaire : Il faut examiner les conséquences de cette omission sous deux points de vue.

A. Par rapport aux *créanciers*. Dans *tous* les cas, c'est-à-dire que la succession soit échue au mari ou à la femme, et que celle-ci l'ait acceptée avec le consentement du mari, ou seulement comme autorisée en justice, les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur payement sur les biens de la communauté et sur les propres du mari; car ce dernier est seul en faute d'avoir négligé de faire l'inventaire pour empêcher la confusion du mobilier avec celui de la communauté. N'ayant pris aucune précaution pour assurer les effets de son refus d'autorisation, il est censé l'avoir donnée, et doit en supporter les conséquences (art. 1416, alin. 2; arg. art. 1417). Si la succession a été acceptée par la femme, les créanciers peuvent poursuivre les dettes aussi sur les biens de la femme.

B. Par rapport à la *femme*. Dans tous les cas où le défaut d'inventaire préjudicie à la femme, elle ou ses héritiers peuvent, lors

de la dissolution de la communauté, poursuivre les récompenses de droit, et même faire preuve, tant par titres et papiers domestiques que par témoins, et au besoin par la commune renommée, de la consistance et valeur du mobilier non inventorié. Le mari n'est jamais recevable à faire cette preuve (art. 1415). (Voy. *suprà*, n° 380.)

Exemple : le mari a recueilli une succession comprenant pour 80,000 francs d'immeubles et pour 20,000 francs de valeurs mobilières et grevée en tout de 30,000 francs de dettes, que la communauté a payées. A la dissolution de la communauté, il prétend que celle-ci a recueilli 50,000 francs, qu'elle a donc dû supporter la moitié des dettes, soit 15,000 francs ; la femme, ou ses héritiers peuvent prouver, par tous les moyens autorisés par l'article 1415, que la portion des meubles ne s'élevait qu'à 20,000 francs; que la communauté ne doit donc supporter que les deux dixièmes des dettes, soit 6,000 francs.

622. Si l'époux auquel une succession mixte est échue était créancier ou débiteur personnel de cette succession, la confusion s'opérerait jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de cette succession, comparée à la valeur des meubles ; elle ne s'opère pas jusqu'à concurrence de la valeur mobilière. (Voyez n° 616.)

C. *Des dettes contractées pendant le mariage* (art. 1409, n°s 2 et 3).

623. La communauté se compose passivement des dettes, tant en capitaux qu'arrérages ou intérêts, contractées par le mari pendant la communauté, ou par la femme du consentement du mari, sauf la récompense dans les cas où elle a lieu (art. 1409, 2°). Cette règle s'applique à *toutes les dettes* contractées pendant le mariage, n'importe que la communauté en ait profité ou non (et sauf récompense en ce dernier cas) et quelle que soit l'origine de la dette. Le mari, en sa qualité de maître et seigneur de la communauté, a le pouvoir de l'obliger et de grever les biens qui en dépendent.

Par la même raison, et à titre de dettes contractées *pendant* le mariage, la communauté supporte les arrérages et intérêts seulement des rentes ou dettes passives qui sont personnelles

aux deux époux (art. 1409, 3°). Cette règle est corrélative à celle de l'article 1401, n° 2, qui fait entrer dans la communauté les fruits, revenus et intérêts des biens propres aux deux époux.

D. *Des charges de jouissance des biens propres.*

624. La communauté doit supporter les réparations usufructuaires des immeubles qui n'entrent point en communauté (art. 1409, 4°). Cette règle est aussi corrélative à celle de l'article 1401, n° 2 (*suprà*, n° 559), qui attribue à la communauté la jouissance des propres; *cujus est commodum, ejus est incommodum*. La rédaction du n° 4 de l'article 1409 n'exprime qu'incomplétement la pensée du législateur; car la communauté est aussi tenue des autres charges qui, dans l'usage, sont censées charges des fruits, et non-seulement des répartitions usufruitières (art. 605-609).

E. *Des charges du mariage* (art. 1409, n° 5).

625. La communauté doit supporter les aliments des époux, les frais d'éducation et d'entretien des enfants communs et toute autre charge du mariage.

Les frais d'entretien et d'éducation des enfants que l'un des époux a eus d'un précédent mariage, ou de ses enfants naturels reconnus, sont aussi à la charge de la communauté, non pas parce qu'ils constituent une charge du mariage dans le sens du n° 5 de l'article 1409, mais parce qu'ils forment une dette *mobilière* contractée *avant* le mariage. Si ces enfants ont des biens personnels, la dette de la communauté n'est que subsidiaire, et les frais d'entretien doivent être prélevés sur les revenus de leurs biens personnels. (Dijon, 2 juillet 1868, D., 1869, 2, 92.)

626. La communauté est aussi tenue des aliments que l'un ou l'autre des époux doit à son père, à sa mère, ou à un autre ascendant, ainsi qu'à leur beau-père ou belle-mère. C'est une obligation qui, quant au gendre et à la belle-fille, naît du mariage (art. 205, 206).

F. *Autres dettes de la communauté.*

627. Aux cinq catégories des dettes de la communauté, mentionnées aux nos 608-626, on doit en ajouter deux autres : 1° les frais de partage et de liquidation de la communauté (art. 1482); 2° les dettes qui procèdent de ce que la communauté a tiré un profit des biens personnels à un des l'époux, ou du prix de ces biens (art. 1433, arg. art. 1437). La communauté doit alors récompense.

II. DES DETTES PERSONNELLES OU PROPRES AUX ÉPOUX.

628. Les dettes propres et personnelles à chacun des époux, bien que le payement de la plupart de ces dettes puisse être poursuivi sur les biens de la communauté, sont : 1° les dettes immobilières dont chacun des époux était grevé au jour de la célébration du mariage (arg. art. 1409, n° 1); 2° les dettes mobilières relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux (art. 1409, n° 1, et *suprà,* n° 613); 3° les dettes des successions immobilières échues à l'un des époux pendant le mariage (art. 1412-1417); 4° les dettes des successions ou donations mobilières exclues de la communauté (art. 1401, n° 1); 5° les charges sous lesquelles le père, la mère ou un autre ascendant a cédé un immeuble à l'un des époux (art. 1406); 6° les obligations résultant d'un acte d'aliénation d'un propre de l'un des époux (art. 1432); 7° la dot fournie sur les biens de la communauté par l'un des époux aux enfants qu'il avait d'un précédent mariage (arg. art. 1422); 8° les amendes et autres condamnations *criminelles* encourues par l'un des époux (art. 1424-1425); 9° quant à la femme particulièrement, elle doit supporter personnellement les dettes qu'elle avait contractées avant le mariage et qui ne sont pas constatées de la manière prescrite à l'article 1410, et toutes les dettes qu'elle a contractées pendant le mariage, comme autorisée en justice au refus du mari de l'autoriser, à moins qu'elle ne contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce (art. 1426).

III. SUR QUELS BIENS LES DETTES DE LA COMMUNAUTÉ PEUVENT ÊTRE POURSUIVIES.

629. Il est évident que toutes les dettes de la communauté peuvent toujours être poursuivies sur tous les biens de la communauté; mais, en outre, elles peuvent être poursuivies sur les biens *propres* et personnels des époux, selon la distinction suivante :

1° Les obligations résultant des actes du mari sont, relativement à *son patrimoine propre,* les mêmes que s'il n'existait pas de communauté. Toutes les dettes de la communauté, même celles qui y sont entrées du chef de la femme, peuvent, pendant le mariage, être poursuivies tant sur les biens propres au mari que sur les biens dépendants de la communauté (art. 1484).

2° Les biens propres de la femme, tant pour le capital que pour les revenus, sont tenus des dettes de la communauté dans ces deux cas : *a.* des dettes que la femme avait *avant* le mariage, et dont la date est prouvée conformément à l'article 1410; *b.* des dettès que la femme a contractées *pendant* le mariage, avec l'autorisation de son mari, soit comme obligée *principale,* soit comme caution, ou solidairement avec son mari (art. 1419, 1431).

SECTION II.

DE L'ADMINISTRATION DE LA COMMUNAUTÉ ET DE L'EFFET DES ACTES DE L'UN OU DE L'AUTRE ÉPOUX RELATIVEMENT A LA SOCIÉTÉ CONJUGALE.

630. Cette section ne traite pas seulement de l'administration de la *communauté* et de l'effet des actes des époux pour la société conjugale, mais aussi de l'administration des *biens personnels de la femme* et des *indemnités et récompenses*. Il faut donc la diviser en trois parties, dont la première a pour objet l'administration de la communauté; la deuxième, l'administration des biens personnels de la femme; la troisième, les indemnités et récompenses.

I. DE L'ADMINISTRATION DE LA COMMUNAUTÉ.

Introduction.

631. La règle que le mari est chef de la communauté et qu'il en a seul l'administration est un principe d'ordre public auquel les époux ne peuvent pas déroger par contrat de mariage. Ce principe ne fait pas obstacle à ce que le mari donne mandat d'administrer la communauté, soit à la femme, soit à toute autre personne; mais il ne peut, ni directement ni indirectement, se décharger des obligations que lui impose sa qualité de chef et d'administrateur de la communauté. S'il donne mandat à la femme, la dette contractée par celle-ci n'en est pas moins à la charge de la communauté et personnelle au mari (art. 1420 et 223).

632. Nous devons distinguer les actes du mari et ceux de la femme. Les premiers seront divisés en trois catégories : 1° les actes d'administration et de disposition à titre onéreux; 2° les dispositions à titre gratuit; 3° les condamnations criminelles et les réparations civiles.

A. *Des actes du mari.*

1. DES ACTES D'ADMINISTRATION PROPREMENT DITS ET DES DISPOSITIONS A TITRE ONÉREUX (art. 1421).

633. Le mari est maître de la communauté; « *le mari vit comme maître et meurt comme associé* », disait l'adage coutumier. Il peut disposer comme il veut des biens qui la composent; il jouit, pour ces actes, de droits aussi étendus à l'égard des biens de la communauté qu'à l'égard de ses propres biens. Il peut les dissiper, dégrader et détériorer, sans en être comptable et sans devoir aucune indemnité de ce chef à sa femme. Toutes les obligations qu'il contracte lient les biens de la communauté, peu importe qu'elles aient été contractées dans l'intérêt de la communauté, dans le sien propre ou dans l'intérêt d'un tiers. Il peut transiger et compromettre sur les biens de la communauté, les grever de servitudes et d'hypothèques pour les dettes de la communauté ou d'un tiers. La femme ne peut, tant que dure la com-

munauté, par aucun moyen légal, s'opposer aux actes de disposition du mari.

634. Toutefois le droit du mari de disposer des biens de la communauté est soumis aux restrictions suivantes :

1° Il ne peut, ni directement ni indirectement, s'enrichir, ni enrichir les siens (par exemple ses ascendants, ses enfants d'un précédent mariage ou ses enfants naturels) aux dépens de la communauté (art. 1433, 1437); 2° pour *l'avenir*, la femme peut arrêter les actes du mari qui compromettent les biens de la communauté en demandant la séparation de biens (art. 1441).

635. Le mari représente *seul* la communauté en justice; il exerce seul, sans le concours de sa femme, tous les droits et actions possessoires et pétitoires relatifs aux biens qui sont tombés dans la communauté (art. 818). Il peut aussi, seul et sans le concours de sa femme, intenter les actions pétitoires et possessoires relatives aux biens propres de la femme, autant qu'elles sont nécessaires pour faire valoir l'usufruit auquel ils sont soumis au profit de la communauté.

Cela est incontestable et incontesté. Mais il importe de bien distinguer en *quelle qualité* le mari agit en justice lorsque la contestation porte sur un bien personnel de la femme.

Si le mari soutient en justice un procès, en sa qualité de chef de la communauté et pour assurer les droits de celle-ci, le jugement qui intervient ne peut pas être opposé à la femme (*est res inter tertios acta*). La femme pourra intervenir dans l'instance. Les créanciers pourraient aussi la mettre en cause.

Le mari peut être poursuivi seul pour toutes les dettes de la communauté.

2. DES ACTES D'ALIÉNATION A TITRE GRATUIT.

a. *Des donations entre-vifs.*

636. D'après l'ancien droit, le mari pouvait disposer des biens de la communauté par donation entre-vifs, *à personnes capables et sans fraude,* c'est-à-dire sans s'avantager, ni lui, ni les siens.

L'article 107 de l'ancienne et l'article 225 de la nouvelle coutume de Paris lui donnaient ce droit; de là il avait passé dans

la plupart des autres coutumes; quelques-unes, par exemple celles du Maine, art. 304; d'Anjou, art. 289; du Loudunois, chap. 26, art. 6, le lui refusaient.

Les auteurs du code ont voulu remédier aux abus depuis longtemps reconnus « qu'entraînait ce droit illimité, qui pouvait dépouiller impunément la femme lorsque les biens personnels de son mari ne suffisaient pas à ses reprises », d'autant plus que les dispositions à titre gratuit excèdent les pouvoirs d'un administrateur. « Lorsque le mari hypothèque ou aliène un bien de la communauté, on présume que c'est par besoin; s'il reçoit un prêt ou le prix de la vente, on croit qu'il en fera un emploi utile. Donner, c'est perdre. » (Rapport de Duveyrier au Tribunat, n° 17; discours au Corps législatif, par Siméon, n° 29, Locré, XIII, 347, 458.)

C'est pour ces raisons que le mari ne peut disposer entre-vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs.

Il peut néanmoins disposer des effets mobiliers à titre gratuit et particulier, au profit de toutes personnes, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit. Il peut donc donner la *pleine* propriété et non seulement la *nue* propriété; il peut le *plus* et il ne peut pas le *moins* (art. 1422). La défense de s'en réserver l'usufruit a pour but de refroidir chez lui l'intention d'une libéralité dont il n'aurait pas senti immédiatement la privation. (Rapport au Tribunat, n° 17.)

637. Quel est l'effet des donations faites en contravention de l'article 1422? Elles sont valables pour le *mari* et ses héritiers, qui ne peuvent pas les attaquer si elles ont été exécutées, et qui doivent les exécuter si elles ne l'ont pas été.

Quant à la *femme*, ou ses héritiers, il faut distinguer. Si elle n'accepte pas la communauté, elle est sans intérêt à attaquer ces dispositions; elles restent valables. Si elle accepte la communauté, elle peut les attaquer. Mais de quelle manière? Elle ne peut les attaquer qu'à la dissolution de la communauté. Le partage se fait comme s'il n'y avait pas eu de donation. Si les choses données tombent dans le lot du mari, elles seront remises au donataire, et la femme, ayant reçu sa part de la communauté,

n'a plus d'intérêt à attaquer la donation. Si ces choses tombent dans le lot de la femme, il faut distinguer :

1° La donation comprend des *effets mobiliers*, et elle n'a pas encore été exécutée; la femme les conserve, et le mari ou ses héritiers en doivent la valeur au donataire. Si la donation a été exécutée, le mari doit récompense à la communauté. Car la femme ne peut pas revendiquer les meubles contre le tiers acquéreur; en fait de meubles, la possession vaut titre. Si les biens personnels du mari ou sa part de la communauté sont insuffisants pour indemniser la femme, celle-ci a son recours contre le donataire, en restitution de sa part dans la valeur.

2° L'objet de la donation est un *immeuble*. La femme peut le retenir si la donation n'a pas été exécutée; ou, si elle a été exécutée, le revendiquer contre tout détenteur, à moins qu'elle ne préfère exercer de ce chef son droit de récompense contre le mari, en respectant la donation. (Troplong, n°s 886-890 et les auteurs qu'il cite.)

C'est là l'opinion de la plupart des auteurs. Mais on peut soutenir, non sans motif, avec Odier, n°s 223 et 224, que l'action révocatoire de la femme contre le donataire n'est que subsidiaire, en cas d'insuffisance des biens du mari pour exercer sa récompense. Car il n'est pas défendu au mari d'*aliéner*, mais d'aliéner *à titre gratuit*. Puis, il faut toujours, autant que possible, respecter les acquisitions faites par les tiers; enfin, l'article 930 fournit un puissant argument d'analogie.

638. Les donations interdites au mari par l'article 1422 sont-elles valables lorsqu'elles ont été faites avec le concours ou avec le consentement de la femme? L'opinion qui répond affirmativement se fonde sur ce que la femme peut renoncer à la restriction introduite dans son intérêt par l'article 1422. (Duranton, n° 272 ; Zachariæ, § 509; Troplong, n°s 903-906; Colmet de Santerre, t. VI, n° 66 *bis*, XIII; Riom, 5 janvier 1844, J. P., 1844, II, 464; D., 1844, 2, 193; Bruxelles, 9 avril 1852 et 9 mars 1853 ; B. J., t. 11, 1094, 902; J. P. B., 1853, 65, 137; P. 1852, 275; 1853, 186; cass. fr., 31 juillet 1867, D., 1868, 1, 209, et 23 juin 1869, D., 1870, 1, 5.)

Les adversaires de cette opinion invoquent avec raison le texte t l'esprit de la loi.

Elle a voulu protéger les intérêts de la femme par l'article 1422. Si le consentement de la femme pouvait valider la donation, le mari pourrait forcer la femme indirectement à consentir, en dissipant les biens en cas de résistance. Et puis, dans aucun cas la loi ne fait dépendre du consentement de la femme la validité d'un acte de disposition des biens communs. La femme n'a ni le droit de disposer des biens de la communauté pendant le mariage, ni celui d'empêcher le mari d'en disposer. Son consentement est donc inopérant. L'argument consistant à dire que la femme peut renoncer à un bénéfice introduit en sa faveur, prouve trop; car la faculté de renoncer à la communauté a été aussi créée dans son intérêt, et elle ne peut y renoncer (art. 1453). (Odier, I, nº 225; Pont et Rodière, I, 12º, 662; Marcadé, art. 1422, nº 2; Laurent, t. XII, nºs 21-25; Caen, 3 mars 1843, J. P., 1843, 2, 823; D., 1843, 2, 163.)

b. *Des donations testamentaires* (art. 1423).

639. La donation testamentaire faite par le mari ne peut excéder sa part dans la communauté. S'il a donné en cette forme un effet de la communauté, le donataire ne peut le réclamer en nature qu'autant que l'effet, par l'événement du partage, tombe au lot des héritiers du mari : si l'effet ne tombe pas au lot de ces héritiers, le légataire a la récompense de la valeur totale de l'effet donné, sur la part des héritiers du mari dans la communauté et sur les biens personnels de ce dernier (art. 1423).

Dans le cas où le mari avait donné un effet particulier de la communauté, par exemple une maison, un champ, il y avait anciennement controverse sur le point de savoir s'il avait voulu léguer la *totalité*, ou seulement la *moitié* de cette chose, parce qu'il avait donné en partie la chose d'autrui. La plupart des jurisconsultes, suivant les règles de plusieurs coutumes, avaient décidé la question dans le sens de la disposition adoptée par le code. (Pothier, nºs 475 et 476; coutume de Paris, art. 225 et 296.)

En vertu de la rétroactivité du partage, la chose tombée au lot du mari est censée avoir toujours été sa propriété (art. 883).

Mais pour le cas où la chose léguée serait échue en partage à la femme, on peut dire que l'article 1423 renferme une exception

à la règle de l'article 1021, qui déclare nul le legs de la chose d'autrui.

640. La règle de l'article 1423 s'applique également aux dispositions testamentaires faites par la femme. Après la dissolution de la communauté, quand le testament sortira ses effets, les droits du mari et ceux de la femme sont les mêmes ; il n'y a plus de raison de distinguer. Si ses héritiers renoncent à la communauté, le legs n'en doit pas moins être exécuté conformément à l'article 1423, alin. 2. (Liége 4 mai 1876, P., 1876, 304.) Ce n'est qu'en renonçant à la succession qu'ils pourront s'en affranchir. (Odier, I, n° 230.)

c. *De la dotation des enfants communs* (art. 1422, 1438, 1439).

641. Il faut entendre ici par *dot* ou *dotation* tout ce que le père ou la mère, ou tous les deux, donnent à leurs enfants, quand ils se marient, pour supporter les charges du mariage, quel que soit le régime sous lequel les enfants se marient (art. 1540).

La dot peut être constituée ou par le mari seul, ou par la femme seule, ou par les deux époux conjointement. Il faut distinguer :

1° La dot a été constituée par le *mari seul* en biens propres, ou par la *femme seule* en biens propres ; elle est pour le compte de l'époux *seul* qui l'a constituée, et si elle n'a pas encore été payée, cet époux seul en est débiteur.

2° Le mari seul, sans le concours de sa femme, a constitué une dot en biens de la communauté. Il en a le droit (art. 1422, alin. 1). Il pourrait même engager *toute* la communauté pour ce but, conformément à l'ancien droit. L'opinion contraire de Lebrun, professée aussi par Duveyrier dans son rapport au Tribunat, n° 31, en ces termes : « Jusqu'à nous, le mari n'a pu, sans le consentement de sa femme, engager la part de sa femme dans la communauté pour la constitution dotale d'un enfant commun », était déjà abandonnée par les auteurs et la jurisprudence (Locré, XIII, 355).

La communauté doit acquitter la dot constituée par le mari seul ; mais ce n'est qu'une dette de la communauté, elle n'engage pas les biens personnels de la femme ; donc, dans le cas où elle accepte la communauté, elle doit en supporter la moitié, à moins

que le mari n'ait déclaré *expressément* qu'il s'en chargeait pour le tout, ou pour une portion plus forte que la moitié (art. 1439). Le code, en exigeant une déclaration *expresse* à cet égard, a changé l'ancienne jurisprudence, d'après laquelle la dot prise sur les biens de la communauté pouvait être mise exclusivement, ou pour une part plus forte que la moitié, à la charge du mari, s'il paraissait par les *circonstances* qu'il avait plutôt eu l'intention de donner en son propre nom. La dot, bien que constituée en commun par le père et par la mère, n'est pas réputée constituée en commun par chacun d'eux si elle a été constituée avec imputation sur la succession du prémourant des donateurs. (Paris, 6 janvier 1875, D., 1875, 2, 177.)

642. 3° Le mari et la femme ont doté *conjointement* l'enfant commun, sans exprimer la portion pour laquelle ils entendaient y contribuer ; ils sont censés avoir doté chacun pour moitié, soit que la dot ait été fournie ou promise en effets de la communauté, soit qu'elle l'ait été en biens personnels à l'un des deux époux. Au second cas, l'époux dont l'immeuble ou l'effet personnel a été constitué en dot, a, sur les biens de l'autre, une action en indemnité pour moitié de ladite dot, eu égard à la valeur de l'effet donné, au temps de la donation (art. 1438).

Pour que cet article soit applicable, il ne suffit pas que la femme ait paru dans le contrat (par exemple *honoris causa*), mais il faut qu'elle ait *promis* ou *donné avec le mari*. Alors la dette est une dette personnelle aux époux. Donc, la femme, même en renonçant à la communauté, restera tenue de payer sa part. Cette part peut être déterminée par l'acte, sinon elle est de la moitié pour chaque époux. (Pothier, n[os] 649-655; voy. ci-dessus, n° 516.)

643. Dans les trois hypothèses qui précèdent, il s'agit de la dotation d'un enfant *commun* aux deux époux. Tout ce que l'un des époux donne ou tire de la communauté pour doter un enfant d'un lit précédent est à sa charge personnelle et donne lieu à récompense envers la communauté (art. 1469).

644. De la garantie et des intérêts de la dot (art. 1440, 1547, 1548). *Doter* n'est pas une obligation *civile*, mais la dotation devient, comme toute autre promesse, une obligation *civile* lorsqu'elle a été promise. Alors elle produit tous les effets des obligations civilement valables.

1° Celui qui a constitué une dot en doit la *garantie*, bien qu'en général le donateur ne soit pas tenu de la garantie. (Fr. 18, § 3, D., *De donationibus*, 39, 5.) C'est parce que la dotation est une libéralité *sub modo;* elle est destinée à faire supporter les charges du mariage.

La garantie de la dot est *de droit;* mais il peut être convenu qu'elle sera constituée sans garantie (arg. art. 1629).

La garantie est due *par tout constituant*, sous quelque régime que les époux se soient mariés; donc aussi par la femme elle-même, lorsqu'elle s'est constitué une dot sur ses propres biens. En cas d'éviction de la dot, la femme serait tenue d'en constituer une autre.

La garantie est *due à la femme* aussi bien qu'au *mari*.

2° Quant à *l'étendue* de la garantie, on doit, en général, appliquer les règles sur la garantie en matière de vente, sauf à tenir compte, dans cette analogie, de la différence résultant de ce que, dans la constitution de dot, il n'y a pas de prix. (Zachariæ, § 500.)

3° Par exception à l'article 1153, code civil, *suprà*, n° 70, les intérêts de la dot sont dus de plein droit, sans demande, du jour du mariage, encore qu'il y ait terme pour le payement, s'il n'y a stipulation contraire. La convention contraire peut être tacite, par exemple si le constituant s'est réservé l'usufruit de la chose donnée en dot, ou s'il avait promis des choses non productives d'intérêts, par exemple des tableaux.

3. DES AMENDES ET RÉPARATIONS CIVILES (art. 1424, 1425).

645. Jusqu'au XVI° siècle, la communauté était obligée par tous les actes licites ou illicites du mari et était tenue de toutes les condamnations civiles ou criminelles prononcées contre lui. Il s'ensuivait qu'en cas de condamnation capitale, qui entraînait ordinairement la confiscation des biens, la communauté était entièrement confisquée, au préjudice de la femme. Dumoulin combattit pendant quarante ans cette jurisprudence, qui fut enfin changée et remplacée par le principe « que le mari ne confisque que *sa part* dans la communauté », principe inscrit plus tard dans plusieurs coutumes. Ce principe fut appliqué aux amendes et aux

réparations civiles en cas de condamnation capitale, ou entraînant la mort civile du mari, par la raison qu'un pareil jugement de condamnation opérait de *plein droit* dissolution de la communauté, de sorte que le jugement qui créait la dette mettait un terme à la communauté. Et par la raison inverse, parce que la communauté *continuait*, elle était tenue de *toutes* les condamnations criminelles et civiles prononcées contre le mari, si elles n'entraînaient pas la mort civile, c'est-à-dire la dissolution de la communauté. (Pothier, n°s 248, 249.)

L'article 1425, qui n'est plus applicable depuis la suppression de la mort civile en Belgique et en France, a reproduit l'ancien droit, pour les cas de condamnations emportant mort civile. (Cass. fr., 2 mai 1864, D., 1864, 1, 266.) En ce qui concerne les amendes encourues pour crimes n'emportant pas mort civile, l'article 1424 a modifié l'ancien droit, en disposant « qu'il est dû *récompense* à la femme, si l'amende a été payée par la communauté ».

646. L'article 1424 ne parle que des *amendes* encourues pour *crime*. La récompense n'est-elle pas également due à la communauté lorsque l'amende payée a été encourue pour un *délit* ou pour une *contravention de police?* Oui, de l'opinion unanime de tous les auteurs. Car le terme *crime* est générique pour toutes les infractions prévues par la loi pénale, et, à l'époque de la publication du code, la classification de l'article 1er du code pénal n'était encore ni arrêtée ni connue.

Le mari doit récompense aussi pour les amendes de discipline qu'il a encourues dans l'exercice des fonctions dont il est revêtu. Il n'y a pas de motif pour l'en affranchir.

Ce qui est dit des amendes s'applique aussi aux dépens du procès criminel : *Accessorium sequitur principale*. (Bordeaux, 10 mai 1871, D., 1871, 2, 219. *Contrà* : Cass. fr., 9 déc. 1874, D., 1875, 1, 118.)

647. Mais en est-il de même des *réparations civiles* auxquelles le mari a été condamné par suite d'un délit? Suivant les uns, le mari doit récompense de ce chef, pour des raisons puisées dans l'équité et dans l'intérêt de la femme, et parce que la loi, contrairement au droit ancien, oblige le mari à la récompense à raison des amendes que la communauté a payées pour lui. (Duranton,

n° 298; Pont et Rodière, I, n° 632; Marcadé, art. 1421, 1°; Laurent, XXII, n° 59.)

D'autres rejettent la récompense, et cette opinion est préférable pour les motifs suivants :

1° C'était l'ancien droit, auquel le code n'a dérogé qu'en ce qui concerne les *amendes*, c'est-à-dire les *peines*, comme le prouve la rédaction de l'article 1424, qui ne soumet pas à la récompense les *réparations civiles*, payées par le mari; 2° tout le monde est d'accord que le mari ne doit ni récompense ni indemnité à la communauté lorsqu'il a posé d'autres actes dommageables, par exemple lorsqu'il a passé des contrats désavantageux ou fait des dettes par quasi-contrat (art. 1370-1381), même par des quasi-délits (art. 1382-1386), ou lorsqu'il a mal administré, ou même dilapidé les biens de la communauté; 3° il y a une différence essentielle entre ces deux dettes. L'*amende* est une peine; les *dommages-intérêts* sont une dette purement civile. Une peine pécuniaire n'est plus une peine, si elle est payée par un autre que par le coupable. L'amende perdrait donc en partie son caractère si le mari pouvait la faire payer par la communauté, sans récompense. (Voy., en ce sens, Toullier, n°s 223-225; Odier, I, n° 244; Troplong, n° 918; Douai, 30 janvier 1840, J. P., 1840, II, 698.)

B. *Des actes de la femme relativement à la communauté.*

1. RÈGLES GÉNÉRALES.

648. *Première règle.* La femme ne peut, par aucun de ses actes, engager les biens de la communauté, sans l'autorisation ou le consentement du mari (art. 1426). Il en était de même dans l'ancien droit. (Pothier, n° 254.) Cette règle a deux motifs, l'un général, l'autre spécial.

Le motif général est applicable seulement aux conventions; c'est que la femme mariée est incapable de contracter, même à l'égard de ses propres biens, sans l'autorisation du mari (articles 1124, 215, 217).

Le motif spécial, c'est que le mari est, pendant le mariage, le *maître* et *seigneur* de la communauté. Il a le droit d'en disposer d'une manière exclusive et sans partage; c'est comme s'il en était

seul propriétaire. Accorder à une autre personne le droit de disposer des biens de la communauté et de les engager, ce serait restreindre un droit dont la loi confère l'exercice au mari seul. Ce n'est pas l'*incapacité* de la femme qui fait obstacle à ce qu'elle engage les biens de la communauté, car l'autorisation de la justice supplée au défaut de capacité, et même avec cette autorisation, elle ne peut pas engager les biens communs. Mais c'est le droit exclusif du mari sur la communauté, droit auquel la femme ne peut préjudicier, qui forme l'obstacle juridique à ce qu'elle engage les biens communs.

649. La règle qui précède est *générale* et *sans exception*. Toutes les dispositions de la loi sur cette matière, même celles qui sont des exceptions apparentes, peuvent être considérées comme des applications d'un principe uniforme. Ces dispositions s'expliquent à l'aide des prémisses suivantes :

Nul ne peut être obligé, pour sa personne ni pour ses biens, *contre sa volonté;* par conséquent, le mari, considéré comme maître de la communauté pendant le mariage, ne peut être obligé pour lui ni pour la communauté, *sans sa volonté*. Mais sa volonté ne doit pas toujours être *formellement* exprimée; son consentement peut être 1° *expressément donné;* ou 2° *tacite;* ou 3° *présumé* pour certains actes, à cause de leur nature particulière.

En **Belgique**, la règle énoncée au n° 648 reçoit une véritable exception depuis la promulgation de la loi du 15 décembre 1872 formant le titre 1er du Ier livre du nouveau code de commerce.

D'après l'article 4 du code de commerce de 1808, la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. Il y a controverse sur la question de savoir si, au refus du mari, la justice peut autoriser la femme à exercer le commerce. La jurisprudence est incertaine, mais la doctrine se prononce avec raison pour la négative. (Voy. Laurent, t. III, n° 135.) Car, si la femme pouvait, contre le gré de son mari, être autorisée à faire le commerce, elle pourrait, contrairement à la règle de l'article 1426, engager et compromettre toute la communauté et, partant, toute la fortune personnelle du mari. L'article 5 du code de commerce, en donnant à la femme marchande publique le pouvoir d'obliger la communauté et son mari pour ce qui concerne son négoce, suppose évidemment, ainsi que le prouve l'ar-

ticle 4, qu'elle ne peut faire le commerce qu'*avec le consentement de son mari.*

Mais l'article 9 de la loi **belge** du 15 décembre 1872, après avoir dit, dans l'alinéa 1[er], que la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari, ajoute, dans l'alin. 2, qu' « en cas d'*absence* ou d'*interdiction* du mari, le tribunal de première instance peut autoriser la femme à faire le commerce », et l'article 10 reproduit textuellement l'article 5 de l'ancien code de commerce, dont nous venons de relater la disposition. En présence de ces textes ainsi rapprochés, il est difficile de contester que la femme, autorisée par justice à faire le commerce, peut engager sans limites la communauté pour ce qui concerne son négoce, et ruiner ainsi son mari absent ou interdit. Le législateur a-t-il *voulu* admettre cette grave conséquence de l'infraction au sage principe du code civil, qui n'admet jamais l'autorisation de la justice que pour un acte *spécial* de la femme? C'est difficile à dire. Les discussions ne nous éclairent pas sur ce point. (Namur, *Code de commerce belge,* t. I, n° 160.)

650. *Deuxième règle.* Les créanciers peuvent poursuivre le payement des dettes que la femme a contractées *avec le consentement du mari,* tant sur tous les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de la femme, sauf la récompense due à la communauté, ou l'indemnité due au mari (art. 1419, 1409, n° 2).

En principe général, l'autorisation ou le consentement donné par le mari à la femme de contracter *n'oblige pas* le mari *personnellement* à payer la dette qu'il a autorisée : *Qui auctor est non se obligat*. Mais, par *exception,* le mari est *personnellement* obligé par suite de ce consentement, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la *communauté légale.* Les biens de la communauté sont aussi tenus des dettes que la femme a contractées avec le consentement de son mari. Pour que cet effet ait lieu, il suffit que le mari soit intervenu comme *consentant,* quand même il n'aurait pas *contracté* personnellement. Il faut considérer l'effet de cet acte sous *deux* rapports :

1° Par rapport aux *créanciers*. Ils peuvent poursuivre leur payement non-seulement contre la femme, qui, en contractant, a offert sa responsabilité personnelle, sur ses biens personnels et sur ceux de la communauté, mais encore contre *le mari et sur ses*

biens personnels. On donne pour motif de cette disposition, d'abord, parce que, dans le cas contraire, si la responsabilité du mari n'existait pas, il pourrait se servir de son influence sur sa femme pour la faire contracter dans l'intérêt de la communauté; et en second lieu, parce qu'il y a présomption que, toutes les fois que la femme s'oblige avec l'autorisation du mari, elle s'engage dans l'intérêt de ce dernier ou dans l'intérêt de la communauté. Ces motifs ne manquent certes pas de vérité, mais il y a une raison plus décisive pour la responsabilité personnelle du mari. La voici : la circonstance que les biens de la communauté sont valablement engagés par la femme ne donnerait aucune garantie aux créanciers, *si le mari, qui conserve tout son pouvoir sur la communauté*, n'était pas personnellement tenu. La femme, n'ayant aucun pouvoir sur la communauté, ne peut rien faire pour conserver le gage des créanciers. Si le mari n'était pas personnellement tenu, il pourrait dilapider les biens de la communauté, tout en conservant les siens propres intacts, et faire retomber toute la charge sur les biens personnels de la femme, ou, si elle n'en avait pas, frustrer de cette manière les créanciers. L'engagement qui lie les biens de la communauté serait sans aucune sanction.

Le motif pour lequel la *communauté* est tenue, par suite de la dette contractée par la femme, c'est parce que l'associé qui contracte avec le consentement de l'autre oblige le fonds social tout entier (art. 1859).

2° Par rapport aux *époux entre eux*. La dette doit être *supportée* par celui qui en a profité, que ce soit le mari, la femme ou la communauté. Si elle a été *payée* par un autre, il y a lieu à récompense (art. 1437, 1419).

651. Si, à l'aide de la distinction indiquée au n° 649, on peut dire que la règle d'après laquelle les biens de la communauté ne peuvent être engagés sans le consentement du mari, est sans exception, il n'en est pas de même de la règle du n° 650. Elle souffre *deux* exceptions : 1° dans le cas de l'article 1413 (voy. *suprà*, n° 618); 2° dans le cas où la femme a vendu un immeuble personnel, le mari ni la communauté ne sont tenus de l'obligation de garantie et de toutes les conséquences qui en découlent (arg. *à contrario* de l'art. 1432).

La communauté et le mari ne sont alors *engagés* que si ce der-

nier a garanti la vente faite par la femme. Il n'est donc pas tenu, s'il ne s'est pas *engagé*, s'il a seulement *autorisé*. Le motif de cette exception est analogue à celui qui a dicté l'article 1413. L'immeuble vendu étant un *propre* de la femme, le contrat de vente est étranger à la communauté, qui n'en profite pas; elle ne doit donc pas supporter les périls de l'éviction. L'autorisation du mari n'a d'autre effet que de donner à l'acquéreur de l'immeuble le droit de poursuivre l'exécution des obligations résultant de la garantie, même pendant le mariage, non-seulement sur la nue propriété, mais aussi sur la pleine propriété des biens propres de la femme (arg. art. 1413).

Bellot des Minières généralise ces deux dispositions. Il dit que la communauté cesse d'être obligée toutes les fois que l'acte autorisé par le mari ne concerne évidemment que l'intérêt de la femme. Cette règle n'existe pas dans sa généralité. Au contraire, l'article 1409, n° 2, s'y oppose avec raison. Il serait trop difficile, pour les créanciers, de distinguer si l'acte était dans l'intérêt de la femme ou de la communauté.

652. Il ne faut pas confondre la femme autorisée avec la femme qui contracte comme *mandataire*, en vertu d'une procuration générale ou spéciale du mari. Dans ce cas, ce n'est pas *elle*, mais c'est son mari qui contracte par son intermédiaire. Toute dette qu'elle contracte en *cette* qualité est à la charge de la communauté, et le créancier n'en peut poursuivre le payement ni contre la femme ni sur ses biens personnels (art. 1420). (Cass. fr., 12 janv. 1874, D., 1874, 1, 153.)

La femme est censée agir par *procuration* du mari, et non comme autorisée à s'engager *elle-même*, lorsqu'elle contracte des dettes pour les provisions ordinaires du ménage et pour les objets à l'usage de la famille, dans les limites de la consommation ordinaire de la maison.

2. APPLICATION DE CES RÈGLES.

a. *Aux actes licites.*

653. 1° De l'autorisation expresse. Elle doit être donnée conformément aux règles exposées au tome Ier, nos 388, 389.

654. 2° De l'autorisation tacite. La femme engage les biens

du mari et ceux de la communauté, sans autorisation expresse, *mais en vertu d'un consentement tacite du mari,* lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce (C. comm., art. 4, 5). L'autorisation générale du mari, requise pour que la femme puisse être marchande publique (C. comm., art. 4, C. civ., art. 220, alin. 1), est censée renfermer implicitement l'autorisation de faire successivement tous les actes dans lesquels ce commerce se résout et d'engager par chacun d'eux la communauté. (Odier, n° 253.) C'est aussi la communauté qui profite des bénéfices du commerce (art. 1401, n° 2). Si la femme ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, elle engage la communauté, sans s'engager *personnellement.*

Si la femme est marchande, elle engage, par les faits de son commerce, la communauté et le mari personnellement. (Voyez *suprà,* n° 649.)

655. 3° De l'autorisation présumée. En règle, la femme contractant avec l'autorisation de justice n'engage pas les biens de la communauté (n° 648). Mais il y a deux cas dans lesquels la femme engage les biens de la communauté, en contractant *seulement* avec l'autorisation de la justice :

a. En cas d'absence du mari, pour l'établissement de ses enfants communs (art. 1427); car alors elle ne fait que remplir une *obligation naturelle,* qui lui est commune avec son mari. On *présume* que le mari aurait consenti à l'exécution de cette obligation naturelle, s'il eût été présent. Si le mari était interdit, il faudrait appliquer l'article 511 et non l'article 1427. (T. Ier, n° 796.)

656. *b.* Si elle contracte des engagements pour tirer son mari de prison, ou pour payer sa rançon lorsqu'il est prisonnier de guerre ou esclave. C'était l'opinion des jurisconsultes qui ont écrit sous l'ancien droit. (Pothier, *Tr. de la puissance du mari,* nos 36 à 39.) Un arrêt du parlement de Paris du 27 août 1564, rendu *consultis classibus*, et un autre de Dijon du 14 août 1598 avaient déjà admis cette règle. L'ordonnance de la marine de 1683, liv. III, tit. VI, article 12, portait : « Les femmes peuvent valablement s'obliger, et aliéner les biens dotaux, pour tirer leur mari d'esclavage. » L'article 541 de la coutume de Nor-

mandie disait de même : « La femme peut aliéner ses biens dotaux, lorsqu'il est question de tirer son mari de prison de guerre ou *de cause non civile.* » Dans le principe la femme ne pouvait s'obliger que pour tirer son mari d'*esclavage* ou de prison de guerre ; plus tard cette règle fut étendue à tous les cas d'emprisonnement.

Si le mari est absent, prisonnier de guerre ou esclave, la femme peut difficilement demander son autorisation, et il est naturel de présumer qu'il aurait donné son consentement à un engagement de la femme à l'effet de lui faire obtenir la liberté. Sous l'ancien droit, la femme n'avait pas même besoin d'autorisation. (Troplong, n° 964.)

Mais peut-on présumer ce consentement lorsque le mari est en prison et qu'il refuse d'autoriser sa femme à contracter pour le délivrer? Ou n'est-ce pas là une véritable exception de la règle? On pourrait, malgré le refus, présumer en fait le consentement du mari. Car on ne peut pas supposer raisonnablement qu'un homme veuille rester en prison lorsque les moyens d'en sortir lui sont offerts, et on doit présumer que, s'il le refuse, c'est parce qu'il se trouve sous une contrainte morale, ou qu'il ne veut pas entraîner sa femme dans ses malheurs, en compromettant sa fortune, ou que sa position vis-à-vis d'autres créanciers l'empêche de consentir au payement intégral de l'un d'entre eux. Mais on peut dire aussi, avec raison que la présomption que le mari ne veut pas empêcher sa femme de faire son devoir et d'exécuter ses obligations est une présomption *de droit.* La femme doit secours et assistance à son mari (art. 212) ; ce n'est pas seulement un devoir moral, c'est une obligation civile prescrite par la loi. A la rigueur, l'autorisation même de la justice ne serait pas nécessaire, mais elle est requise pour empêcher que l'accomplissement de ce devoir ne devienne un prétexte pour surprendre la femme. La justice examinera s'il ne resterait pas des ressources suffisantes au mari, ou s'il ne faut pas laisser son cours à la cession des biens. (Toullier, n° 235.)

La loi ne distingue pas pour quelle cause le mari est emprisonné, si c'est pour une cause civile ou criminelle, du chef des frais de procès et des amendes (code pénal **français**, art. 52 et lois **françaises** sur la contrainte par corps des 22 juillet 1867

et 19 décembre 1871; code pénal belge, art. 41, 46; loi belge du 27 juillet 1871 sur la contrainte par corps, art. 2).

657. La femme, même sans autorisation du mari ou de la justice, engage les biens de la communauté, par ses actes, dans tous les cas où les mêmes actes, posés par un tiers, auraient engagé la communauté, même sans convention. Ainsi, en vertu du principe sur l'action *de in rem verso*, la communauté est tenue des dettes contractées par la femme, jusqu'à concurrence du profit qu'elle a tiré de ces engagements. En vertu du principe sur la *negotiorum gestio*, la communauté est chargée des engagements que la femme a contractés dans l'intérêt de cette gestion. Ces deux derniers cas ne sont pas des *exceptions* de la règle de l'article 1426, mais des applications des règles des articles 1312 et 1372-1375. (Voy. *suprà*, n[os] 284, et 459-465; Cass. fr., 12 janvier 1874, D., 1874, 1, 153; Besançon, 15 juillet 1874, D., 1874, 2, 219.)

b. *Aux actes illicites.*

658. Des amendes et réparations de la femme. Les amendes encourues par la femme ne peuvent s'exécuter que sur la *nue propriété* de ses biens *personnels*, tant que dure la communauté. C'est là une application *à fortiori* de la règle générale que les actes faits par la femme sans le consentement du mari n'engagent point les biens de la communauté. Si la femme ne peut pas obliger la communauté par des actes *licites* de leur nature, à plus forte raison ne peut-elle l'engager par des actes *illicites*. Le principe de la loi s'étend à *tous* les actes illicites de la femme, quelle qu'en soit la nature; ainsi : aux délits et quasi-délits, aux condamnations criminelles comme aux condamnations à des réparations civiles. Si la communauté a payé des amendes ou des réparations civiles, la femme en doit récompense. Ces règles sont conformes à l'ancien droit. (Pothier, n° 256.)

Exceptionnellement, le mari est civilement responsable des amendes prononcées pour délits ruraux commis par sa femme (loi du 28 septembre 1791, tit. II, art. 7).

II. DE L'ADMINISTRATION DES BIENS PERSONNELS DE LA FEMME (art. 1428-1430).

A. *Principe général. — Caractère de cette administration.*

659. Comme sous l'ancien droit, le mari a l'administration de tous les biens de la femme : donc aussi de ceux dont elle s'est réservé la *jouissance.* La clause par laquelle la femme, ou le donateur ou testateur a exclu de la communauté la *jouissance* de certains biens de la femme, n'implique pas exclusion de l'*administration* du mari. Pour que l'*administration* soit ôtée au mari, il faut que ce soit *spécialement* stipulé ou ordonné par le donateur. Administrer, c'est un droit à la fois et une obligation du mari.

C'est une différence essentielle entre les mariages contractés sous le régime de la communauté et ceux contractés sous le régime dotal que, dans les premiers, l'*administration* des biens personnels de la femme, exclus de la communauté, appartient *de droit* au mari, tandis que, dans les seconds, la femme conserve la jouissance et l'*administration* des biens qui n'ont pas été constitués en dot (paraphernaux) (art. 1576).

660. Sous le régime de la communauté, le mari a une *double* administration : 1° celle des biens de la communauté (art. 1421); 2° celle des biens personnels de la femme (art. 1428). Ces deux administrations ont chacune une nature particulière et distincte, bien que la loi se soit servie du même terme « *administrer* » dans les deux cas.

1° En qualité d'administrateur de la communauté, le mari a un pouvoir absolu et exclusif, comme le propriétaire, et limité seulement par les restrictions formellement prescrites par la loi. Il administre *seul,* et toute stipulation dérogatoire à ce pouvoir est nulle. Le terme *administrer* est ici employé dans un sens qui s'étend au delà de sa signification ordinaire. Comme administrateur des biens de la *femme,* le mari n'a que des pouvoirs limités, partagés avec la femme et susceptibles de toutes les modifications. Il est soumis à toutes les obligations qui pèsent sur tout administrateur de la fortune d'autrui.

2° Pas plus que le *propriétaire,* le mari n'est *responsable* de l'administration des biens de la communauté. Quelque mauvaise

qu'elle puisse être, il ne doit compte ni indemnité à personne. Comme administrateur des biens de la femme, le mari doit gérer en bon père de famille; il doit en rendre compte et est responsable de toute perte et dépérissement causé par sa faute et sa négligence; ainsi, par exemple, il est responsable de la perte que la femme a éprouvée par suite de l'accomplissement d'une prescription qu'il a omis d'interrompre (art. 1428, alin. 4; 2254).

B. *Des divers actes du mari.*

1. DE L'EXERCICE DES ACTIONS JUDICIAIRES DE LA FEMME.

661. 1° Des actions mobilières. Le mari peut exercer seul toutes les actions mobilières qui appartiennent à la femme (art. 1428, alin. 2). Il s'agit ici des actions relatives aux effets mobiliers ou capitaux qui ont été *exclus* de la communauté. (Cass. fr., 15 avril 1874, D., 1875, 1, 67.)

662. 2° Des actions immobilières. Il faut distinguer :

1° Les actions *possessoires* peuvent être exercées par le mari seul, conformément à l'article 233 de la coutume de Paris (article 1428, alin. 2). La femme peut intervenir dans l'instance, étant autorisée par justice; elle peut même, en cas d'inaction du mari, se faire autoriser par justice à exercer elle-même l'action possessoire. Car l'article 1428 dit : « Le mari *peut* seul, etc. »; mais il ne dit pas, comme l'article 1549 : « qu'il a seul le *droit* de poursuivre les détenteurs ». (Duranton, n° 317.) Si les revenus des immeubles tombent dans la communauté, le mari a déjà les actions possessoires de son propre chef, comme usufruitier.

663. 2° Mais le mari peut-il *seul* et sans le concours de sa femme exercer les *actions pétitoires* relatives aux immeubles de la femme? — Si le mari agit en qualité de chef de la communauté et d'usufruitier des biens de la femme, seulement pour l'usufruit, le droit d'intenter les actions pétitoires pour cet objet ne saurait lui être contesté. Mais ici il s'agit de sa qualité d'administrateur des biens de sa femme, et sans distinction si la communauté a ou non la jouissance de l'immeuble.

Selon presque tous les auteurs et la plupart des coutumes, le mari, sous l'ancien droit, ne pouvait pas seul intenter les actions

immobilières appartenant à la femme. (Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 84.) Renusson appelle *exorbitantes du droit commun* les coutumes qui autorisent le mari à exercer *seul* même les actions *réelles* et *pétitoires* de la femme, « parce que celui qui n'est pas propriétaire ne peut déduire en jugement les actions qui peuvent naître de la propriété ». Les anciens auteurs considèrent cette question comme à peine controversée.

Sous le code, la plupart des auteurs et la jurisprudence la plus nombreuse se prononcent dans le même sens. Voici les principaux motifs de cette opinion : 1° l'ancien droit, que le code n'a pas changé. Le texte de l'article, qui n'attribue au mari que l'exercice des actions *mobilières* et des actions *possessoires*, est emprunté à une disposition coutumière, dont le sens était fixé, et auquel il n'est pas probable que le législateur ait voulu déroger ; 2° le principe général. L'exercice des actions immobilières d'après le système du code, n'est pas dans les attributions d'un simple administrateur ni de l'usufruitier (fr. 7, § 2, D., *De jure deliberandi*, 28, 8) ; 3° divers autres textes du code, notamment l'article 818, qui défend au mari de provoquer *sans le concours de la femme* le partage des objets d'une succession échue à celle-ci, lorsqu'ils ne tombent pas dans la communauté ; et l'article 2208, qui veut que l'expropriation des immeubles de la femme se poursuive contre *elle* et son mari. (Voy. Troplong, n[os] 1004-1008 et les autorités qu'il cite ; Dalloz, *Nouv. répert.*, v° *Contrat de mariage*, n[os] 1330-1347 ; Paris, 23 mars 1872, D., 1872, 2, 169 ; Cass. fr., 22 avril 1873, D., 1873, 1, 428.)

664. Quant aux conséquences résultant de l'une ou de l'autre solution de la question, les opinions ne sont pas très-divergentes. Ainsi, toutes les opinions, quelle que soit la solution en principe, sont d'accord : 1° que le mari peut agir seul, s'il a un intérêt, à cause de l'usufruit de la communauté ; 2° que la femme peut toujours intervenir dans l'instance, et qu'elle peut être appelée en cause par la partie adverse ; 3° qu'en cas de refus du mari, elle peut se faire autoriser en justice à poursuivre ou à contester ; 4° que le jugement rendu en l'instance, entre le mari et le tiers, sur toute quelle la femme n'a été ni partie ni intervenante, ne 2° Pas obtenir contre elle l'autorité de la chose jugée. (Toul- l'administra.)

De telle sorte qu'en définitive, il n'y a divergence d'opinion que sur ces deux questions : 1° lorsque le mari agit seul, peut-il être repoussé par la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité? D'après notre solution, oui; 2° la nullité de la poursuite est-elle couverte par l'intervention de la femme? Rien ne s'y oppose.

2. DES ACTES DE SIMPLE ADMINISTRATION ET PARTICULIÈREMENT DES BAUX.

665. Le mari peut faire seul tous les actes d'administration proprement dite. Il est tenu des soins d'un bon père de famille et répond de toute faute. Il doit veiller à la conservation des biens de sa femme et répond de tout dépérissement qui peut lui être imputé.

666. Le mari peut donner à bail les biens de sa femme. Mais les baux que le mari *seul* a faits des biens de sa femme pour un temps qui excède neuf ans, ne sont, en cas de dissolution de la communauté, obligatoires, vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers, que pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite, de manière que le fermier n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve. Les baux de neuf ans ou au-dessous que le mari *seul* a passés ou renouvelés des biens de sa femme, plus de trois ans avant l'expiration du bail courant s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque s'il s'agit de maisons, sont sans effet, à moins que leur exécution n'ait commencé avant la dissolution de la communauté (art. 1429, 1430).

Si le bail n'a pas été fait par le mari *seul*, mais *conjointement* par lui et par sa femme, il oblige celle-ci pour toute sa durée, parce que ce n'est plus alors l'administrateur seul, mais aussi la propriétaire qui a consenti le bail. Le mot *seul* a été ajouté au projet primitif, afin de rendre la loi plus claire. (Séance du conseil d'Etat du 13 vendémiaire an XII, n° 14; Locré, XIII, 192.)

La femme doit respecter les baux faits conformément aux règles qui précèdent, peu importe qu'elle accepte la communauté ou qu'elle y renonce. Car ce sont des actes que le mari a passés comme représentant de la femme, et non en qualité de *chef de la communauté*.

667. La nullité des baux contractés pour un terme plus long que ceux permis par la loi peut seulement être opposée par la femme ou ses héritiers, mais non par les fermiers ou locataires.

Si le mari avait loué en nom personnel, et que le locataire eût *ignoré* que le bien était personnel à la femme, il aurait une action en garantie contre le mari ou ses héritiers. (Liége, 4 mars 1871, P., 1871, 312.)

668. Après la dissolution de la communauté, la femme reprend l'administration et la jouissance de ses biens ; par conséquent elle doit recevoir, à partir de ce moment, le prix des baux passés par son mari. La communauté doit tenir compte à la femme des payements anticipatifs qu'elle a touchés. De là il suit que, si le mari avait reçu un pot-de-vin, celui-ci devrait être réparti sur toutes les années du bail et il serait dû à la femme et à ses héritiers, par la communauté, une indemnité proportionnée au nombre d'années qui resterait à courir de cette époque lors de la dissolution de la communauté, soit que la femme accepte ou qu'elle renonce. Le pot-de-vin est une partie du prix de bail payée par anticipation. (Cass. fr., 18 août 1868, D., 1868, 1, 371.)

3. DES ACTES D'ALIÉNATION.

a. *De l'aliénation des effets mobiliers.*

669. La question de savoir si le mari a le droit d'aliéner les propres mobiliers de sa femme a été traitée *suprà*, aux nos 565-568, auxquels nous renvoyons.

En tous cas, la femme ne peut revendiquer que contre l'acquéreur de mauvaise foi les effets mobiliers indûment aliénés par son mari ; l'acquéreur de bonne foi est protégé par la règle : « En fait de meubles, la possession vaut titre » (art. 2279, 1141). L'aliénation illégale lui donne contre son mari une action en indemnité.

b. *De l'aliénation des immeubles.*

670. Le mari ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement (art. 1428, alin. 3, 1507). (Coutume de Paris, art. 226.) Cette aliénation est nulle pour la femme, laquelle peut revendiquer l'immeuble aliéné (art. 1599). Mais une

semblable aliénation donne lieu à diverses questions graves et très-controversées.

671. La revendication peut-elle être exercée *pendant* le mariage, ou seulement *après* la dissolution du mariage?

La question était controversée sous l'ancien droit. Suivant quelques auteurs, par exemple d'Argentré, la femme peut revendiquer pendant le mariage, étant autorisée en justice. La plupart des anciens auteurs étaient, et la plupart des auteurs modernes sont de l'avis contraire. Leurs motifs sont : la femme est sans intérêt pendant le mariage, puisque les fruits et revenus de son immeuble tombent dans la communauté, et la prescription ne peut pas s'accomplir contre elle (art. 2256). D'un autre côté, l'action réagirait contre le mari, puisqu'elle aurait pour résultat une action en garantie et en dommages-intérêts contre lui, ce qui pourrait troubler la paix domestique. Or, la femme ne doit pas préférer son intérêt à l'amitié maritale. (Toullier, n° 400 ; Troplong, n° 988.)

Ces raisons ne sont pas décisives. L'article 2256 prouve seulement que la femme *peut*, sans s'exposer au danger de la prescription, s'abstenir de toute poursuite *pendant* le mariage. Mais il n'y a aucune disposition de la loi dont on puisse inférer, directement ou indirectement, que la femme *n'a pas le droit* d'agir en revendication pendant le mariage. Est-il au moins juste de dire qu'elle n'ait pas d'intérêt à agir ? Non, au contraire. Elle peut avoir beaucoup d'intérêt, par exemple, si ses immeubles dépérissent ou se détériorent entre les mains de l'acquéreur. Elle a donc le *droit* et elle peut avoir intérêt à agir pendant le mariage. (Gand, 8 juin 1838.)

672. Une question également controversée est celle de savoir si la femme peut exercer la revendication pour la totalité de l'immeuble vendu par son mari, ou seulement pour la moitié, et quels sont pour elle les effets de la revendication.

La controverse n'a lieu qu'à l'égard de la femme qui a *accepté* la communauté. La femme qui a *renoncé* n'est liée par aucun acte de la communauté; elle peut revendiquer le *tout* et elle n'est tenue à aucuns dommages-intérêts ni à aucune garantie.

673. Quant à la femme qui a *accepté* la communauté, il y a *trois* opinions :

1° Celle soutenue par Pothier dans son *Traité de la vente*, n° 179, et partagée par Toullier, n° 226; Troplong, *Vente*, n° 463, *Contrat de mariage*, n°s 985-986; Marcadé, art. 1428, n° III; Colmet de Santerre, t. 6, n° 71 *bis*, XII-XIX; Laurent, XXII, n°s 155, 156. La femme qui a accepté la communauté ne peut revendiquer que la *moitié* de son immeuble, parce que l'obligation de garantie, suite de la vente, incombe à la communauté. En acceptant sa part dans la communauté, la femme a contracté la moitié de l'obligation de garantie ; elle ne peut donc pas attaquer la partie de la vente pour laquelle elle est garante : *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. Dans son *Traité de la communauté*, Pothier a, plus tard, rétracté cette opinion et professé l'opinion suivante :

2° La femme peut revendiquer la *totalité* de l'immeuble, et elle n'est tenue que de la restitution de la *moitié du prix*, et non des dommages-intérêts, qui sont dus par le mari personnellement. Cette opinion se fonde sur ce que, en aliénant un propre de la femme sans son consentement, le mari n'a pas contracté pour la femme, et ne l'a pas assujettie à l'obligation de garantie. La communauté n'est pas non plus tenue de cette obligation ; en cas d'éviction, elle doit rendre le prix qu'elle a touché. (Pothier, *Traité de la communauté*, n° 253; Merlin, *Rép.*, v° *Communauté*, III, n° 6.)

3° La femme peut revendiquer la *totalité* de l'immeuble, mais elle est tenue de la restitution de la moitié du prix et de la moitié de tous les dommages-intérêts auxquels le mari, et par conséquent la communauté, est obligé envers l'acquéreur. Motif : le mari pourrait indirectement dépouiller sa femme, si elle ne pouvait revendiquer que la *moitié* de son immeuble. La dette des dommages-intérêts est une dette de la communauté, que la femme, en l'acceptant, doit subir pour moitié. (Duranton, n° 321 ; Odier, n°s 280, 281 ; Zachariæ, § 510.)

674. La première opinion ne peut pas être admise ; d'abord parce qu'elle conduirait au résultat que le mari pourrait indirectement faire perdre à sa femme sa propriété immobilière, au moins pour la moitié, si elle ne pouvait revendiquer.

En second lieu, parce que la femme, même en acceptant la communauté, ne continue pas la personne du mari, et n'est pas

tenue de ses obligations personnelles. Ce sont les *héritiers* du mari qui doivent répondre de son fait, et auxquels l'exception de la garantie pour éviction peut être opposée. La femme, en acceptant la communaué, contracte seulement l'obligation de payer les dettes de la communauté jusqu'à concurrence de l'émolument qu'elle en tire (art. 1483). Si l'on fait peser sur la femme la moitié de l'obligation de garantie, elle peut être tenue des dettes de la communauté au delà de son émolument, contrairement à l'article 1483. Supposons, par exemple, qu'un immeuble de la femme, valant 40,000 francs, a été vendu par son mari. La femme accepte la communauté. D'après l'opinion que nous combattons, elle ne pourrait revendiquer que la *moitié* de l'immeuble, pour rentrer dans une valeur de 20,000 francs. Dans la communauté elle n'a trouvé que 5,000 francs. Elle perd donc 15,000 francs, en exécutant pour moitié la dette de garantie qui incombait à la communauté; elle paye donc au delà de son émolument. Il résulte de là que l'idée qui impose à la femme la moitié de l'obligation de garantie est erronée. Cela résulte enfin de l'article 1429, d'après lequel le bail d'un bien de la femme, passé par le mari pour plus de neuf ans, n'est *pas obligatoire,* vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers, pour plus de neuf ans. La femme ou ses héritiers ne sont donc pas tenus de la garantie.

Si le système que nous réfutons était admis, toutes les mesures de précaution prises par le législateur pour sauvegarder les intérêts de la femme ne seraient efficaces que pour moitié.

Les raisons données pour la deuxième opinion ne sont pas concluantes. On pourrait dire de toutes les dettes inutiles quelconques, que le mari ne peut être censé les avoir contractées pour sa femme, tout aussi bien que de la dette de garantie qu'il contracte en vendant un propre de la femme.

La troisième opinion est juste. En vendant un propre de la femme, le mari contracte une dette de garantie. Cette dette tombe dans la communauté (art. 1409, n° 2), tant pour le prix que pour les dommages-intérêts. Si la femme accepte la communauté, elle est tenue de cette dette jusqu'à concurrence de son émolument (art. 1483).

La femme, dont l'immeuble a été vendu, peut ou renoncer à la communauté et revendiquer l'immeuble sans être tenue d'aucuns

dommages-intérêts (art. 1493), ou bien prélever sur la communauté le prix de l'aliénation (art. 1433).

III. DES INDEMNITÉS ET RÉCOMPENSES.

A. *Règles générales.*

675. La loi trace les règles d'après lesquelles les biens de la communauté ou les biens propres aux époux peuvent être augmentés, et elle règle les obligations dont les uns ou les autres sont chargés. Tous ces biens se trouvent, durant le mariage, sous une *seule* administration, celle du mari; mais les principes qui règlent ces différentes gestions sont différents. Le mari ne doit pas empiéter de l'une de ces positions sur l'autre. Dans le conflit de ses propres intérêts avec ceux de sa femme ou avec ceux de la communauté, il ne doit jamais sacrifier les uns aux autres. L'un des époux ne doit pas s'enrichir aux dépens de l'autre; aucun d'eux ne doit s'enrichir aux dépens de la communauté, ni enrichir la communauté à ses dépens (art. 1433, 1437).

De ces règles, qui sont la base du système des indemnités et récompenses, il suit : 1° que toutes les fois que la communauté a reçu ce qui appartenait en propre à l'un des époux, ou que l'un des époux a personnellement payé ou contracté une dette que la communauté doit supporter, cet époux a le droit de reprendre ou de répéter ce dont la communauté a profité ; 2° que toutes les fois que l'un des époux a reçu ce qui appartient à la communauté, ou que la communauté a payé ou contracté une dette que l'un des époux devait personnellement supporter, ce dernier en doit indemnité à la communauté.

B. *Des récompenses et indemnités dues aux époux par la communauté* (art. 1433).

676. D'après l'ancien droit coutumier, le conjoint dont les biens propres avaient été aliénés n'avait aucune reprise du prix contre la communauté, s'il n'y avait pas eu stipulation de remploi dans le contrat de mariage. On observait rigoureusement le prin-

cipe que tous les *meubles* appartenaient à la communauté ; or, le prix de la vente étant mobilier, il tombait en communauté si l'aliénation avait eu lieu du consentement de l'époux à qui appartenait le propre.

La jurisprudence tendait successivement à accorder cette reprise afin d'empêcher que, par le moyen d'une vente à un tiers, l'un des époux ne fît à son conjoint des avantages indirects, en laissant tomber dans la communauté ce qui lui avait appartenu exclusivement. Cette jurisprudence fut érigée en principe par l'article 232 de la coutume de Paris, réformée en 1580. C'est pourquoi Loysel, *Institutes coutumières*, n° 116, dit : « Ce qui se « disoit jadis, que le mari se devoit relever trois fois la nuit pour « vendre le bien de sa femme, a finalement été réprouvé par « plusieurs arrêts et coutumes modernes. »

L'article 232 de la coutume de Paris, qui ne parlait que de la *vente d'un héritage* ou d'une *rente*, devint la base d'une jurisprudence très-extensive. Sa disposition, bien que ne prévoyant que deux cas spéciaux, fut appliquée par analogie à tous les actes quelconques par lesquels la communauté avait eu un avantage aux dépens de l'un des époux.

L'article 1433 est une reproduction presque textuelle de l'article 232 : « S'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des « époux », dit-il, « de même que si l'on s'est rédimé en argent « de services fonciers dus à des héritages propres à l'un d'eux, « et que le prix en ait été versé dans la communauté, le tout « sans remploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la com- « munauté, au profit de l'époux qui était propriétaire, soit de « l'immeuble vendu, soit des services rachetés. » C'est pour cette raison historique que le principe sur la récompense due par la communauté n'est pas formulé d'une manière plus générale. L'article n'est que l'application d'une règle générale; il est donc simplement énonciatif, et non restrictif. Il faut l'étendre analogiquement, comme le faisait l'ancienne jurisprudence.

677. La récompense ou indemnité due par la communauté à l'un des époux peut s'exercer de deux manières, par prélèvement ou par remploi, c'est-à-dire : ou il prend sur la masse de la communauté le prix ou la valeur dont elle a profité, ou bien la communauté emploie le prix qu'elle a reçu par suite de l'aliéna-

tion d'un propre pour en acheter un autre de même nature. (Voy. *suprà*, nos 585-594.)

678. Des conditions de l'indemnité. — Il faut que le prix du propre ait été *réellement* versé dans la communauté *et* qu'il n'y ait pas eu de remploi. Il est versé dans la communauté, si le mari l'a touché. (Brux., 28 juillet 1868, B. J., t. 26, 1332, P., 1869, 165; Cass. B., 10 juin 1869, P., 1869, 406, et 9 juin 1876, P., 1876, 331; Cass. fr., 9 avril 1872, D., 1873, 1, 28.) Si le payement n'avait pas eu lieu par la négligence du mari, celui-ci n'aurait aucun droit de récompense du chef de l'aliénation de *son propre*. La femme, en cas d'aliénation de son propre, aurait son recours contre le mari, et partant contre la communauté, non pas en vertu de l'article 1433, mais en vertu de l'article 1428, alin. 4, du chef de mauvaise gestion (n° 660). L'époux qui réclame l'indemnité doit prouver que le prix a été versé dans la communauté. Si le mari a touché le prix des propres de la femme, il y a présomption qu'il a été versé dans la communauté.

679. Du montant de l'indemnité. — L'indemnité a pour objet la somme *dont la communauté a profité;* donc, s'il s'agit de la vente d'un propre, le *prix réel,* quelle qu'en soit la *valeur*. (Cass. fr., 18 janv. 1875, D., 1876, 1, 159.) Car l'aliénation étant un acte volontaire, les époux n'ont pas à se plaindre s'ils ont vendu au-dessous du prix. Et d'ailleurs la communauté n'a pas profité au delà. Mais le *prix complet* peut être demandé, y compris les accessoires, tels qu'épingles, pots-de-vin, etc. Quant aux *intérêts*, ils ne sont dus que depuis la dissolution de la communauté. La *déclaration du prix* portée dans l'acte peut être attaquée, si elle n'est pas sincère. (Cass. fr., même arrêt.) Seulement l'époux ne doit pas être écouté, s'il prétend que la *valeur* réelle différait du prix (art. 1436, alin. 2).

680. Si le prix de l'aliénation consiste, non pas dans une somme d'argent déterminée, mais en une redevance annuelle, par exemple une *rente viagère,* comment la récompense doit-elle s'évaluer? Sous l'ancien droit, quelques jurisconsultes voulaient que le placement à fonds perdu fût considéré comme une vente pure et simple, et que la *valeur* du fonds fût rendue à l'époux propriétaire. Cette opinion n'est pas juste, car la communauté

n'a pas reçu une somme une fois payée. Elle pourrait donc être chargée au delà de son émolument.

Beaucoup de jurisconsultes enseignent qu'alors la récompense doit consister dans toute la somme dont les arrérages de la rente viagère avaient excédé, pendant la durée du mariage, le revenu qu'aurait produit l'immeuble vendu. Ils donnent pour motif que la communauté n'a profité que pour cet excédant de la rente sur le revenu. Par exemple, un héritage rapporte 600 francs de rente; il est vendu moyennant une rente viagère de 1,000 francs. La communauté a encore duré dix ans après la vente; elle doit 4,000 francs de récompense, parce qu'elle a reçu 4,000 francs de plus que si l'héritage n'eût pas été vendu. (Pothier, n° 594; Toullier, n° 350; Odier, n° 308; Colmet de Santerre, t. 6, n° 78 *bis*, XI et XII; Laurent, XXII, n°s 466, 467; Cass. fr., 1er avril 1868, D., 1868, 1, 311; 8 avril 1872, D., 1872, 1, 108; Bordeaux, 17 déc. 1873; D., 1874, 5, 102.)

On objecte avec raison à ce calcul que, si la communauté avait duré encore longtemps, par exemple cinquante ans, la récompense pourrait même dépasser la valeur du bien vendu; ainsi, dans l'exemple proposé, elle serait de 20,000 francs.

D'autres adoptent, avec raison, l'opinion que la communauté ne doit *aucune* récompense. Si l'époux, au profit duquel la rente était constituée survit, elle lui est continuée; si la dissolution arrive par son décès, la rente est éteinte. Car la communauté a sur les biens de l'époux un droit essentiellement subordonné à celui de l'époux lui-même, susceptible de s'accroître ou de diminuer suivant les opérations que le propriétaire est toujours libre de faire. En convertissant une propriété en rente viagère, l'époux fait une opération aléatoire, qui peut lui être favorable s'il vit longtemps. Comme il a substitué un contrat aléatoire à une propriété, la communauté a aussi la jouissance de ce contrat aléatoire. Enfin les arrérages d'une rente viagère sont considérés comme des fruits (art. 588, 610, 1401). (Pont et Rodière, I, n° 716; Nancy, 3 juin 1853, D., 1854, 2, 10; Besançon, 23 nov. 1868, D., 1869, 2, 17.)

681. Même controverse dans le cas inverse, où un usufruit ou une rente viagère a été aliéné pour un capital déterminé. Suivant les uns, la récompense du prix ne sera due que sous déduc-

tion de ce dont les revenus de l'usufruit ou les arrérages de la rente auraient excédé les intérêts du prix de la vente pendant toute la durée du mariage, parce que la communauté n'a profité que sous cette déduction. Par exemple, l'un des époux a une rente viagère rapportant annuellement 1,000 francs; il la verd pour un capital de 12,000 francs touché par la communauté et portant 600 francs d'intérêts. La communauté perd 400 francs par an, donc 4,000 francs après dix ans de durée. Elle ne doit la récompense que sous déduction des 4,000 francs; donc 8,000 francs. (Pothier, n° 592; Odier, n° 309; Colmet de Santerre, t. 6, n° 78 *bis*, VI-VIII; Laurent, XXII, n°s 468-470.)

On reproche à juste titre à cette opinion que, si la communauté avait existé encore longtemps, par exemple cinquante ans, l'époux dont la rente a été aliénée serait encore débiteur de 8,000 fr. Car la communauté aurait dû toucher, en cinquante ans, 50,000 francs; elle n'a reçu que 30,000 francs de revenus, plus 12,000 francs de capital; il lui revient donc 8,000 francs.

Suivant l'autre opinion, la communauté doit la récompense du capital total de 12,000 francs, nonobstant la diminution des revenus. Cette opinion est juste pour les motifs exposés au numéro précédent. (Pont et Rodière, I, n° 716.)

C. *Des récompenses dues par les époux à la communauté* (art. 1437).

682. Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou la partie du prix d'un immeuble à lui propre, ou le rachat de services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense (art. 1437). (Cass. fr., 20 mai et 30 déc. 1873, D., 1874, 1, 172 et 363.)

683. La règle sur la récompense due par les époux, basée sur le même principe de justice que la précédente, est *formulée* en termes plus généraux, bien que la précédente ne soit pas moins générale.

L'application de l'article 1437 a donné lieu à plusieurs difficultés.

Enonçons d'abord les règles qui nous semblent incontestables :

1° La base du montant de l'indemnité est la *dépense* que la communauté a *faite* dans l'intérêt personnel de l'un des époux, quel que soit le *profit* que l'époux a pu en tirer, et quand même ce profit aurait excédé de beaucoup la dépense. Par exemple, l'un des époux a tiré de la communauté une somme de 10,000 francs pour élever, sur son bien propre, des constructions qui en ont augmenté la valeur de 20,000 francs; il ne doit que 10,000 francs.

2° Dans les cas *où la récompense est due,* elle est due alors même que la chose pour laquelle la dépense a été faite aurait péri postérieurement par un cas fortuit, par exemple par un incendie. (Pothier, *Communauté,* n° 635.)

Mais *quand* la récompense est-elle due? Est-elle due toutes les fois que l'un des époux a tiré de la communauté des deniers pour faire, sur ses propres, des travaux de réparation, d'amélioration ou d'embellissement? Sur cette question, la jurisprudence est divisée, mais la plupart des décisions ont suivi la doctrine de Pothier, que nous croyons fondée en raison et en justice. Pothier distingue trois espèces d'impenses :

A. Les impenses *nécessaires,* c'est-à-dire celles qui ont été faites pour la conservation de la chose. L'époux qui les a faites sur son propre en doit à la communauté récompense *entière;* car, si elles n'eussent été faites par la communauté, l'époux aurait dû les faire de ses propres deniers, ou laisser périr son bien. Il s'est enrichi en s'épargnant une dépense. (Brux., 6 janv. 1868; B. J., t. 26, 211; P., 1868, 73.)

B. Les dépenses *utiles,* c'est-à-dire celles qu'on pouvait se passer de faire, mais qui ont amélioré ou embelli le fonds propre et en ont augmenté la valeur. Pothier dit que la récompense de ces dépenses n'est due que jusqu'à concurrence de ce dont l'héritage propre se trouve plus précieux au moment de la dissolution de la communauté, et il donne pour raison que le mari, maître de la communauté, peut en employer les deniers à tout ce que bon lui semble, donc aussi aux impenses sur son héritage ou sur celui de sa femme, pourvu qu'il ne procure aucun avan-

tage ou profit à l'un ou à l'autre. S'il en est résulté un avantage par la plus-value, récompense en est due, mais seulement jusqu'à concurrence de cette plus-value. A cette raison on peut en ajouter une autre encore, c'est que souvent les dépenses de cette nature sont faites dans l'intérêt de la communauté, c'est-à-dire, des deux époux, pour se créer une existence plus aisée et plus agréable. Loysel, *Institut. coutum.*, n° 391, et son annotateur se prononcent dans le même sens. (Voy. Metz, 24 déc. 1869, D., 1871, 2, 36; Cass. fr., 14 mars 1877, D., 1877, 1, 353; Liége, 25 fév. 1865, B. J., t. 24, 5; P., 1865, 127; Brux., 6 janv. 1868, B. J., t. 26, 211; P., 1868, 73. En sens *contraire*, pour la récompense entière : Paris, 6 août 1872, D., 1872, 5, 94; Limoges, 30 avril 1877, D., 1877, 2, 239; Colmet de Santerre. t. 6, n° 84 *bis*, II-V.)

C. Les dépenses *voluptuaires* qui ne procurent que de l'agrément, sans augmenter le prix du fonds. Pour les raisons données sous litt. *B*, aucune récompense n'en est due à la communauté. (Pothier, *Communauté*, n° 635-637.)

Chacun des époux est débiteur envers la communauté des sommes et objets qu'il a promis d'y apporter. Récompense est due toutes les fois que la communauté a acquitté une des dettes personnelles à l'un des époux : « Qui paye ses dettes s'enrichit » ; et il y a des jurisconsultes qui considèrent cette règle sur la récompense comme l'origine de ce proverbe. Chacun des époux doit indemnité à raison des objets de la communauté dont il a disposé d'une manière illégale ou en fraude des droits de son conjoint (art. 1422).

684. Les époux débiteurs de récompenses envers la communauté en sont tenus en leur *nom personnel ;* ainsi la femme, même en renonçant à la communauté, y reste obligée. Les indemnités ne peuvent être poursuivies qu'après la dissolution de la communauté. Elles portent intérêt, de plein droit, à partir de ce moment (art. 1473).

IV. DES CRÉANCES DE L'UN DES ÉPOUX CONTRE L'AUTRE.

685. Les dettes que l'un des époux avait contre l'autre *avant* le mariage et qui ne sont pas tombées en communauté conti-

nuent de subsister pendant le mariage; par exemple, les dettes immobilières (art. 1409, n° 1).

Pendant le mariage, l'un des époux peut devenir débiteur de l'autre : 1° en passant avec l'autre un acte de vente dans un des cas prévus par l'article 1595; 2° si l'un des époux devient héritier d'une succession immobilière à laquelle l'autre doit une dette immobilière; 3° si l'un des époux a garanti la vente d'un propre faite par l'autre et qu'il vienne à être inquiété pour cette cause art. 1432); 4° lorsque les époux ont doté conjointement un enfant commun et que la dot a été fournie sur les biens personnels de l'un d'eux (art. 1438); 5° lorsqu'une chose appartenant à l'un des époux ou le prix de son bien a été employé *directement* au payement d'une dette personnelle de l'autre époux (art. 1478).

Les époux peuvent liquider leurs dettes personnelles *pendant* le mariage, mais ces dettes ne peuvent être *poursuivies* qu'après la dissolution de la communauté (art. 1478, 2253).

SECTION III.

DE LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ ET DE QUELQUES-UNES DE SES SUITES (art. 1441, 1452).

I. COMMENT LA COMMUNAUTÉ SE DISSOUT (art. 1441, 1442).

686. La dissolution du mariage entraîne *toujours* la dissolution de la communauté; elle se dissout donc toujours, 1° par la mort de l'un des époux et 2° par le divorce; mais elle peut se dissoudre par d'autres causes encore, ou en vertu de la loi, ou en vertu d'un jugement, jamais par convention (art. 1395, 1443, alin. 2). Elle s'opère en vertu de la loi : 3° par la séparation de corps; 4° par l'absence, si l'époux présent opte pour la dissolution (art. 124, 129); elle s'opère enfin 5° en vertu d'un jugement, par suite de la demande de la femme en séparation de biens (art. 1441).

687. La règle que la dissolution du mariage entraîne *toujours* la dissolution de la communauté est une innovation du code civil.

D'après les articles 240 et 241 de la coutume de Paris, érigés en droit commun de la France coutumière par plusieurs arrêts de règlement, il y avait *continuation de communauté* entre les enfants *mineurs* de l'époux prédécédé et l'époux survivant, si ce dernier avait négligé de faire inventaire à la mort du prédécédé. « La communauté est continuée entre le survivant, ne faisant inventaire et ses enfants mineurs », dit Loysel, n[os] 386, 387. Suivant d'autres coutumes (Orléans, Poitou), la communauté était continuée entre l'époux survivant et les héritiers du prédécédé, même les *collatéraux* et *majeurs*. La continuation de la communauté était une peine imposée au survivant des époux pour n'avoir pas fait constater par un inventaire, après la mort du prédécédé, la part de leurs enfants dans les biens de la communauté. L'absence d'inventaire donnait aux enfants le droit de demander le partage *par moitié* de tous les biens possédés par le survivant, même de ceux qu'il avait acquis postérieurement à la dissolution du mariage. Par la même raison de pénalité, la continuation de la communauté n'était que facultative aux enfants. Ils avaient l'option entre cette continuation et l'inventaire par commune renommée.

688. Le système de la continuation de la communauté étant très-compliqué donnait lieu à un grand nombre de controverses et de procès, surtout en cas de secondes noces. C'est ce qui a déterminé les législateurs modernes à chercher, en faveur des enfants mineurs, des garanties nouvelles, pour remplacer celles que pouvait donner anciennement cette disposition d'une nature pénale. En prononçant l'abolition de l'ancien système et en décrétant que « le défaut d'inventaire, après la mort de l'un des époux, ne donne pas lieu à la continuation de la communauté » (art. 1442), le législateur a en même temps ajouté des garanties destinées à remplacer celles qui disparaissaient avec l'ancien système.

II. OBLIGATIONS DU CONJOINT SURVIVANT APRÈS LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ (art. 1442).

689. L'époux survivant doit prendre soin de constater l'état de la masse commune, par un inventaire exact et fidèle fait contradictoirement avec les parties intéressées, c'est-à-dire les héri-

tiers du conjoint prédécédé, ou eux dûment appelés. Les effets de l'inobservation de ce précepte sont :

1° A l'égard de *toutes* les personnes intéressées. Elles peuvent faire la preuve de la consistance des biens et effets communs tant par titre que par témoins et par la commune renommée.

Toullier entend par *parties intéressées* seulement les enfants mineurs, parce que, d'après la coutume de Paris, la continuation de la communauté n'avait lieu qu'en faveur des *mineurs*. Mais cet argument historique n'est pas décisif, parce que plusieurs coutumes admettaient la continuation de la communauté aussi au profit des héritiers majeurs, et même des collatéraux. En outre, le second alinéa de l'article 1442 prouve que le premier dispose d'une manière générale en faveur de *toutes* les parties intéressées. Enfin, il résulte du rapport au Tribunat, n° 34, que cette preuve a été accordée à toutes les parties intéressées *sans distinction*. (Locré, XIII, 359.)

2° A l'égard *des enfants mineurs*. Outre l'effet indiqué sous le n° 1, l'omission de l'inventaire entraîne pour l'époux survivant : *a*. la perte de la jouissance de *leurs revenus* (art. 384), c'est-à-dire non-seulement de l'usufruit de la part que les enfants ont dans la communauté, mais de la jouissance *légale* de tous les biens quelconques, présents et à venir, quelle qu'en soit l'origine. La loi ne distingue pas. C'est le *droit d'usufruit* qui se perd. Odier, n° 361 ; *b*. la responsabilité du subrogé tuteur qui est solidairement tenu avec l'époux survivant de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs, sauf son recours contre l'époux pour la totalité.

690. Pour éviter les sanctions pénales portées dans cet article, il faut que l'inventaire soit fait dans les *trois mois* à partir de la dissolution de la communauté, sauf prorogation par le tribunal. Ce délai passé, l'omission est irréparable (art. 794, 795, 451, 1456, 1458). (Coutume de Paris, art. 244; Odier, n° 363; Cologne, 15 juillet 1852, J. P. B., 1853, 177. En sens *contraire*, Bordeaux, 17 mars 1875, D. 1877, 2, 207.)

Cette déchéance ne peut pas être invoquée par l'époux survivant dans son propre intérêt pour se décharger des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant, qui lui incombaient en qualité d'usufruitière. (Bordeaux, même arrêt.)

L'article 1442 doit être appliqué, en ce qui concerne les pénalités, aux communautés conventionnelles, mais non pas au régime dotal ni au régime exclusif de communauté, parce que, dans ces dernières hypothèses, l'objet de la restitution est déterminé par l'inventaire qui doit être fait avant le mariage.

III. DE LA SÉPARATION DE BIENS JUDICIAIRE.

A. *Définition et origine.*

691. Le jugement qui prononce la séparation de biens établit entre les époux le régime qui aurait existé s'ils étaient mariés avec séparation de biens. La séparation de biens dissout *la communauté*, non le mariage, qui continue de subsister avec tous les effets que la loi y attache.

692. La séparation de biens judiciaire n'est pas d'origine coutumière. L'idée en a été puisée dans les lois romaines. D'après les fr. 24, pr., D., *Soluto matrimonio*, 24, 3 et L. 29, C., *De jure dotium*, 5, 12, la femme a le droit de répéter sa dot lorsque l'indigence du mari la met en péril pendant le mariage. La jurisprudence a d'abord appliqué les dispositions du droit romain sur la dot aux *propres* de la femme commune en biens, sur lesquels le mari avait à peu près les mêmes droits que ceux qu'il avait sur les biens dotaux. Plus tard, cette disposition fut aussi appliquée à tout ce que la femme avait apporté en mariage (*dot*), tant à ce qu'elle avait mis dans la communauté qu'à ses propres. Dans les pays de droit écrit, on appelait aussi *séparation de biens* l'action par laquelle la femme demandait, pendant le mariage, la restitution de sa dot, conformément aux lois romaines.

La séparation de biens, dans ce double sens, avait lieu dans presque *toute* la France, coutumière ou de droit écrit. (Merlin, *Rép.*, v° *Séparation de biens*, sect. II, § 1, n° 1.)

La plus grande partie des coutumes étaient muettes sur la séparation de biens. L'article 198 de la coutume d'Orléans prescrit quelques règles sur cette matière ; il était suivi et formait le *droit commun* dans les pays dont les coutumes étaient muettes sur ce point. (Pothier, *Communauté*, n° 514.)

B. *Qui peut demander la séparation?*

693. La séparation de biens ne peut, dans aucun cas, être demandée ni par le mari ni par ses créanciers. Car le mari ne peut pas y avoir intérêt, puisque c'est *contre lui-même* et contre sa propre mauvaise administration qu'elle est dirigée. Suivant quelques anciens jurisconsultes, la séparation de biens devait être accordée au mari au moins dans le cas où sa femme avait apporté beaucoup de dettes en mariage; le Parlement de Paris, par un arrêt du 26 février 1602, l'avait ainsi décidé; mais déjà du temps de Pothier, cette opinion était généralement abandonnée. (Troplong, nos 1311 suiv.)

694. La séparation ne peut être demandée que :

1° Par la *femme*. Ses héritiers peuvent *continuer* une procédure commencée s'ils y ont un intérêt, par exemple, à cause des frais, ou pour attaquer des actes faits par le mari pendant le procès (art. 1443, 1445, alin. 2).

2° Par les *créanciers personnels de la femme*, avec le *consentement* de celle-ci (art. 1446). C'est une dérogation à l'article 1166. Le législateur n'a pas voulu que des tiers pussent, par des motifs purement d'intérêt pécuniaire, jeter le trouble dans le ménage. D'ailleurs si les créanciers personnels de la femme pouvaient demander la séparation de biens sans son consentement, ils auraient un moyen indirect de poursuivre leurs créances sur les biens de la communauté.

La femme peut retirer le consentement qu'elle a donné.

695. Si la femme *refuse* le consentement, il faut distinguer :

1° Le mari n'est pas en faillite ni en déconfiture : les créanciers ne peuvent plus rien faire;

2° Le mari est en faillite ou en déconfiture. Les créanciers de la femme peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances (art. 1446, alin. 2). Mais, malgré la faillite ou déconfiture, la communauté continue de subsister. Les créanciers de la femme ne peuvent donc exercer les droits de leur débitrice que sous la réserve de l'usufruit établi au profit de la communauté. Ils ne peuvent poursuivre le payement de leur créance que sur la nue propriété des biens de

la femme. Les créanciers peuvent faire liquider les droits et reprises de la femme, comme si la communauté était dissoute, et la faire colloquer au rang qui lui appartient.

C. *Des causes de la séparation.*

696. La séparation de biens ne peut être poursuivie qu'en justice par la femme dont la dot est mise en péril, et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme (art. 1443, alin. 1). D'après cet article, il y a donc *deux* causes de séparation :

1° *Lorsque la dot est en péril. Dot* est pris dans le sens de l'article 1540; c'est tout ce que la femme a apporté en mariage, soit en propriété soit en usufruit. Il importe peu que la femme se soit réservé la faculté de retirer son apport ou non. Lorsque la femme n'a apporté *aucune dot* en communauté, mais qu'elle possède un talent ou une industrie qui lui procure ou qui peut lui procurer des moyens de subsistance, elle peut aussi demander la séparation. (Pothier, n° 512; Troplong, n°s 1319, 1321. *Contrà*, Amiens, 20 août 1877, D., 1877, 2, 215.) Elle le peut même pour sauver ses *espérances* qui tomberont dans la communauté, ou pour sauver sa moitié dans les biens de la communauté, quand même elle n'aurait rien apporté et qu'elle n'exercerait aucune industrie. (Troplong, n° 1321.)

697. 2° Lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que ses biens ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme. Il s'agit ici de la reprise des choses qui ne sont pas tombées dans la communauté et que la femme peut exercer en vertu de son contrat de mariage.

L'article 1443 renferme *deux hypothèses distinctes*, que Zachariæ (§ 516) considère à tort comme une seule. Car la dot peut être en péril, quand même la femme n'aurait aucun *droit* de *reprise*. (Laurent, XXII, n° 212.)

698. Ni dans l'un ni dans l'autre cas, la seule circonstance que les biens du mari sont insuffisants pour garantir la dot et les reprises de la femme ne suffit pour autoriser la demande en séparation de biens. Pour cela, il faut qu'il y ait réellement

désordre dans les affaires du mari, de sorte qu'il y ait lieu de craindre sérieusement que sa fortune ne puisse pas se refaire et qu'elle ne diminue. Les tribunaux sont appréciateurs souverains de ces faits. (Cass, fr., 15 juillet 1867, D., 1867, 1, 321.)

D'un autre côté, pour que la demande soit justifiée, il n'est pas nécessaire que les biens du mari *soient déjà insuffisants* pour garantir les droits de la femme. Le juge peut admettre la demande, s'il y a de justes motifs de le craindre, alors même que la dot n'aurait pas encore été reçue par le mari. (Cass. fr., 11 août 1870, D., 1871, 1, 288.) Si ces motifs existent, il importe peu que ce soit par l'inconduite du mari, par la faute d'autrui ou par force majeure qu'il a été réduit à cet état, pourvu qu'il y ait désordre. Le motif que la femme est la cause des désordres n'est pas une fin de non-recevoir contre la demande. (Troplong, n° 1334; Odier, n° 373; Gand, 15 janvier 1859, B. J., t. 18, 1271; P., 1859, 363.)

D. *Des formes de la séparation de biens* (C. de proc., art. 865-874).

1. DE LA DEMANDE ET DE L'INSTRUCTION.

699. Il faut l'autorisation du président du tribunal pour intenter la demande. Le président ne peut pas la refuser (code de proc., art. 865). Aucune autre autorisation n'est nécessaire, pas même à la femme mineure (art. 215). (Cass. fr., 15 juillet 1867, D., 1867, 1, 321.) La *demande* doit être rendue publique par l'inscription aux divers tableaux indiqués aux articles 866-867 du code de procédure civile et par l'insertion dans un journal (code de proc., art. 868.)

700. L'instruction de la demande se fait suivant les règles de la procédure ordinaire. Mais l'aveu seul du mari ne fait pas preuve, quand même il n'y aurait pas de créanciers. C'est une conséquence de la règle que toute séparation volontaire est nulle (code de proc., art. 870, 1443, alin. 2).

Pendant l'instance, la femme peut faire des actes conservatoires, comme apposer les scellés, faire faire inventaire, pratiquer des saisies-arrêts, etc.; le tout conformément aux règles ordinaires sur ces matières (code de proc., art. 869; code civ., art. 270, 271).

Les créanciers du mari peuvent intervenir dans l'instance pour la contester ou demander simplement communication des pièces. (art. 1447, alin. 2; code de proc., art. 871).

2. DU JUGEMENT ET DE SON EXÉCUTION.

701. Le jugement ne peut être rendu qu'un mois après l'observation des formalités requises pour donner la publicité à la demande (code de proc., art. 869). Le jugement et l'arrêt doivent être lus en audience publique, et recevoir même une publicité plus grande par l'affiche sur un tableau à ce destiné et exposé pendant un an dans la principale salle du tribunal de première instance et de commerce du domicile du mari, même lorsqu'il n'est pas négociant, et s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari. Pareil extrait doit être inséré au tableau exposé en la chambre des avoués et notaires; le tout à peine de nullité de l'exécution du jugement (art. 1445; code de proc., art. 872; code de comm., art. 65, 66; code de comm. belge, art. 15.)

Le jugement peut être attaqué par la voie de la tierce opposition, dans le délai d'un an, par les créanciers qui ne sont pas intervenus dans l'instance (code de proc., art. 474, 479, 873).

702. Sous l'ancien droit, il fallait, pour la validité du jugement, qu'il eût été réellement exécuté, c'est-à-dire que le mari eût restitué la dot à sa femme, ou tout au moins qu'elle eût fait des poursuites pour se la faire rendre, et qu'elle n'eût pas abandonné ces poursuites; mais il n'y avait pas de délai fatal fixé pour l'exécution. (Pothier, n° 518.)

D'après l'article 1444, la séparation de biens, quoique prononcée en justice, est *nulle* si elle n'a point été exécutée par le payement *réel* des droits et reprises de la femme, effectué par acte authentique, jusqu'à concurrence des biens du mari, ou au moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement, et non interrompues depuis. Le motif de cette innovation, c'est qu'en laissant l'exécution à la libre volonté de la femme, on eût pu craindre quelque collusion des époux, qui se serviraient de la séparation prononcée et non exécutée pour frauder les créanciers et divertir leur gage.

On a soutenu à tort que l'article 872 du code de procédure a

dérogé à l'article 1444 et porté à un an le délai de l'exécution. Il n'y a pas d'incompatibilité entre ces deux articles, ni dérogation formelle. L'exécution simultanée des dispositions renfermées dans ces deux articles peut bien offrir quelques difficultés en pratique, mais elle n'est pas impossible.

L'exécution du jugement ne peut être *commencée* que du jour où les formalités mentionnées au n° 701 ont été remplies (code de proc., art. 872).

703. Qu'entend-on par *exécution*, dans le sens de l'article 1444? C'est, ou la liquidation réelle des droits de la femme et le payement de ses reprises, ou bien, puisque souvent cette liquidation est impossible dans ce court délai, tout acte qui tend à effectuer réellement cette exécution. La signification seule du jugement ne suffit pas à cet effet, parce qu'elle n'annonce pas encore suffisamment l'intention sérieuse de l'exécuter. Il faut, de plus, une assignation donnée au mari, à l'effet de procéder à la liquidation des droits de la femme, ou bien un commandement d'exécuter le jugement.

La question de savoir si les poursuites ont été *interrompues* ne peut pas être résolue d'une manière générale. Elle doit être laissée à l'appréciation du juge, qui examinera si, d'après les circonstances des faits, l'interruption peut être considérée comme un abandon de la part de la femme ou comme couvrant l'intention de frauder les droits des tiers.

704. Si le jugement n'a pas été exécuté dans la quinzaine, ou si l'exécution a été interrompue, toute la séparation de biens est *nulle*, depuis le premier acte jusqu'au dernier. Les parties sont remises en l'état où elles étaient avant la demande en séparation. La nullité peut être opposée par le mari en tout état de cause. Cependant la nullité peut être couverte, si le mari a lui-même renoncé à l'opposer soit expressément, soit tacitement; par exemple, en exécutant volontairement le jugement dans le cas où il aurait pu l'attaquer.

Les créanciers peuvent aussi opposer la nullité, quand même le mari y aurait renoncé. Mais la femme elle-même ne peut jamais l'opposer, parce qu'elle provient de son propre fait.

E. *Du droit des créanciers d'attaquer la séparation de biens.*

705. Le droit des créanciers du mari ne se borne pas à *intervenir dans l'instance* en séparation ; ils peuvent aussi se pourvoir contre le *jugement* de séparation *prononcé* et même *exécuté* en fraude de leurs droits. C'est à eux de prouver la fraude (art. 1447). (Cass. fr., 2 février 1870, D., 1870, 1, 118 ; 19 nov. 1872, D., 1873, 1, 38.) Il faut bien distinguer *ce double* droit des créanciers ; car le jugement qui prononce la séparation est tout à fait distinct de l'acte de liquidation de la communauté, par lequel les droits de la femme sont fixés. Cet acte peut aussi être un jugement, ou bien un autre acte authentique (art. 1444).

Les créanciers de la femme ne peuvent pas se pourvoir contre la séparation de biens (arg. art. 1446, 1447).

706. Il s'agit de savoir *dans quel délai* les créanciers du mari peuvent se pourvoir contre la séparation de biens. Il faut distinguer :

1° Les conditions et formalités prescrites par les articles 1444, 1445, code civil, et 872, code de procédure (nos 701-704), *n'ont pas été accomplies*. Le jugement est *nul*. Les créanciers peuvent faire valoir la nullité par voie d'action ou d'exception pendant tout le temps que peut durer leur action principale contre le mari ou contre la communauté.

2° Toutes les conditions et formalités prescrites par les articles 1444, 1445, code civil, et 872 du code de procédure, *ont été observées*. Le *jugement de séparation* ne peut plus être attaqué après le délai d'un an (art. 873, code de proc.).

707. Mais en est-il de même de la partie du jugement qui contient en même temps la *liquidation des droits de la femme?* La question est controversée. Quelques jurisconsultes prétendent que, la liquidation des reprises de la femme étant une suite indispensable de la séparation de biens et absolument nécessaire pour la validité de son exécution, la fin de non-recevoir établie par l'article 873 du code de procédure contre les créanciers du mari s'applique nécessairement, et pour les mêmes motifs, à la disposition du *même jugement* portant liquidation des droits et reprises de la femme.

D'autres jurisconsultes combattent, et à juste titre, cette opinion par les motifs suivants ; la liquidation forme un chef complétement distinct de celui qui prononce la séparation. Il est incontestable qu'en attaquant un jugement, on peut n'attaquer qu'un de ses chefs, sans se plaindre des autres. Le délai pour former tierce opposition est, en général, de trente ans. La disposition de l'article 873 contient donc une dérogation au droit commun et doit, pour cette raison, être interprétée restrictivement. Le jugement qui prononce la séparation, dissout la communauté et rend à la femme l'administration de ses biens, change la position et les droits respectifs des époux. Il est donc rationnel qu'il ne puisse pas rester longtemps en suspens, que le délai d'opposition *à cet égard* soit très-court. Si la liquidation avait eu lieu par un jugement séparé ou par un autre acte authentique, nul doute qu'il n'eût pu être attaqué par les créanciers pendant le délai ordinaire. La publicité n'est pas prescrite à l'égard de *ces* actes. Il doit en être de même lorsque, accidentellement, la liquidation est faite par le jugement de séparation. La jurisprudence s'est, dans les derniers temps surtout, prononcée en ce sens. (Zachariæ, § 516, note 21; Troplong, n° 1400; Laurent, t. XXII, n° 271.)

F. *Des effets de la séparation de biens.*

1. DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ.

708. La femme peut *accepter* la communauté ou *y renoncer*. (art. 1453; code de proc., art. 174, 874). Ce point, décidé aujourd'hui par le texte de la loi, était très-controversé sous l'ancien droit. Plusieurs jurisconsultes soutenaient que la femme qui avait obtenu la séparation de biens devait nécessairement renoncer à la communauté. Pothier, n° 520, se prononce en sens contraire.

709. La séparation de biens n'apporte aucun changement aux effets du *mariage même*, lesquels continuent d'exister comme auparavant. Les obligations que les époux ont contractées conjointement ou solidairement envers des tiers, soit par le contrat de mariage, soit pendant le mariage, par exemple l'obligation de servir une rente viagère, restent aussi intactes. (Odier, n° 416.)

710. De ce que la séparation de biens ne dissout pas le mariage, il résulte qu'elle ne donne pas ouverture aux droits de survie de la femme. La condition sous laquelle ces droits ont été conférés ne s'est pas encore accomplie; mais la femme conserve le droit de les exercer lors de la mort de son mari (art. 1452).

La séparation de biens ne fait pas perdre au mari ses droits de survie; mais il ne les exerce qu'en cas de prédécès de sa femme.

2. DE L'ADMINISTRATION DES BIENS DE LA FEMME.

711. La femme reprend la libre administration et la jouissance de tous ses biens (art. 1449, alin. 1). Elle peut seule faire tous les actes de simple administration. Le jugement de séparation de biens relève la femme de son incapacité en tout ce qui se rapporte au recouvrement de ses droits et reprises. (Cass. fr., 8 juillet 1878, D., 1879, 1, 55.)

Si elle laisse la jouissance ou l'administration de ses biens à son mari, elle peut à chaque instant la lui retirer, et, dans ce cas, le mari n'est tenu qu'à la restitution des fruits encore existants et n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors (art. 1539). Il y a analogie entre le cas de séparation contractuelle, pour laquelle cette disposition a été portée, et la séparation judiciaire; on peut même dire qu'il y a un argument *à fortiori* dans ce dernier cas, parce que la femme a laissé au mari l'administration de ses biens, nonobstant son manque d'ordre constaté. (Zachariæ, § 516.)

D'autres jnrisconsultes n'appliquent l'article 1539 qu'à la séparation contractuelle; mais à tort. (Odier, n° 416.)

712. La femme doit contribuer, proportionnellement à ses facultés et à celles du mari, tant aux frais du ménage qu'à ceux d'éducation des enfants communs (art. 1448, alin. 1).

A la différence des articles 1537 et 1575, l'article 1448 ne fixe pas la part contributoire de la femme. C'est que cet article est la reproduction de l'ancien droit en cas de séparation de biens, droit que les auteurs du code ont changé par la fixation à un tiers des revenus, lors de la discussion de ce régime.

Elle doit supporter entièrement ces frais, s'il ne reste rien au mari (art. 1448, alin. 2, 203).

La femme est-elle obligée de verser sa part contributoire entre

les mains du mari? Non. Car le mari n'est plus chef, puisqu'il n'y a plus de communauté. De plus, ce serait détruire les effets de la séparation de biens. La femme ne peut être contrainte de rien débourser de ses revenus, si elle n'a pas en même temps la certitude qu'ils serviront réellement à payer les frais de ménage.

Les auteurs qui se prononcent pour l'affirmative admettent cependant comme tempérament que les tribunaux peuvent autoriser la femme à administrer directement et librement sa part contributoire aux charges du ménage. (Odier, n° 401; Troplong, n° 1435.)

713. La femme peut disposer de son mobilier et l'aliéner (art. 1449, alin. 2). L'article 234 de la coutume de Paris disait : « Une femme mariée ne se peut obliger sans le consentement du mari, si elle n'est séparée par effet ou marchande publique. » Malgré ce texte favorable à la liberté de la femme de disposer et de s'obliger en général, les auteurs et la jurisprudence admettaient que la femme séparée de biens ne pouvait obliger ses immeubles sans l'autorisation du mari, et qu'elle ne pouvait obliger ses meubles et ses revenus sans cette autorisation que pour les actes d'administration, pour une chose modique et pour une cause juste et légitime, telle que les besoins du ménage et l'entretien des enfants.

L'article 217 du code défend à la femme, même séparée de biens, de donner, d'aliéner, d'hypothéquer à titre gratuit ou onéreux, sans le consentement du mari.

On s'est demandé dans quelles limites la femme a la libre disposition de son mobilier; jusqu'à quel point l'article 1449 déroge à l'article 217.

D'abord, la femme ne peut pas disposer à *titre gratuit* sans le consentement spécial de son mari (art. 905). (Paris, 29 janvier 1874, D., 1874, 2, 224.)

La vente ou l'aliénation du mobilier est, dans certaines limites, nécessaire pour pouvoir administrer ses biens et pour en jouir, par exemple en ce qui concerne les revenus et les choses fongibles. Mais de ce que la femme peut disposer de son mobilier *actuel*, il ne s'ensuit pas qu'elle puisse *s'obliger*, c'est-à-dire engager tout son mobilier futur sans l'autorisation du mari. L'arti-

cle 1449, alinéa 2, ne parle que de la faculté d'*aliéner* le mobilier, et pas de celle de *s'obliger*, c'est-à-dire d'obliger *sa personne*. La femme peut apprécier toute l'importance d'un acte d'aliénation de son mobilier actuel; il est plus difficile de calculer la portée d'une obligation. Pour tous les actes *d'obligation*, *d'emprunt*, *d'engagement*, qui peuvent compromettre l'avenir et engager *sa personne*, la femme reste sous la règle générale des articles 217 et 1124. Il s'ensuit qu'elle ne peut pas accepter une succession, même mobilière, ni une donation entre-vifs sans autorisation du mari. Cette interprétation de l'article 1449, alinéa 2, est adoptée par la jurisprudence. (Odier, nos 407-409; Zachariæ, § 516; Paris, 6 novembre 1866, D., 1866, 5, 35.)

714. La femme séparée ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou, au refus de celui-ci, sans être autorisée en justice (art. 1449, alin. 3, 217, 223, 1538). Elle a le droit de recevoir un capital mobilier, d'en donner décharge et d'en disposer; elle peut donc recevoir le prix de l'immeuble dont l'aliénation a été dûment autorisée, et en faire tel emploi qu'elle trouve convenable. C'est pourquoi le mari ne peut pas être rendu responsable du remploi ou du défaut de remploi des prix qu'il ne reçoit pas, quand même il aurait consenti à l'aliénation. Toutefois, il est responsable du défaut de remploi, s'il se trouve dans un des quatre cas prévus par l'article 1450, savoir : 1° s'il est prouvé que les deniers ont été reçus par lui; 2° ou qu'ils ont tourné à son profit; 3° si la vente a été faite en sa présence *et* de son consentement; 4° même lorsque l'aliénation a été faite sous l'autorisation de la justice, s'il a *concouru* à l'acte. Dans ces deux derniers cas, son obligation de garantie du défaut de remploi est fondée sur la *présomption* qu'il a touché le prix ou qu'il en a profité. Le mari n'est pas responsable de l'utilité du remploi, parce qu'il ne peut pas intervenir dans l'administration des biens de la femme. L'article 1450 est applicable à la séparation contractuelle comme à la séparation judiciaire. (Cass. fr., 13 nov. 1861, D., 1862, 1, 367; Liége, 8 mai 1862, B. J., t. 21, 308, et 2 février 1875; B. J., t. 33, 314; P., 1875, 338.)

715. La femme ne peut pas exercer les actions judiciaires sans l'autorisation du mari, pas même en ce qui concerne les effets mobiliers et les actes d'administration (art. 215).

3. DE LA RÉTROACTIVITÉ DU JUGEMENT DE SÉPARATION.

716. Le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. La communauté est censée avoir été dissoute au jour de la demande en séparation; c'est suivant son état à ce jour que la liquidation des biens communs doit s'effectuer (art. 1445, alin. 2).

717. En est-il de même dans le cas où la séparation de biens est le résultat du divorce ou de la séparation de corps? Ceux qui se prononcent pour la rétroactivité dans ces cas se fondent sur la généralité de l'article 1445, alinéa 2. (Troplong, n° 1386-1388; Dalloz, *Nouv. Rép.*, v° *Contrat de mariage*, n° 1945; Bruxelles, 8 août 1856, B. J., t. 14, 1332 et la note, P., 1856, 346; Cologne, 2 mars 1853, J. P. B., 1853, 406; cass. fr., 13 mai 1862, D., 1862, 1, 422; 18 juin 1877, D., 1877, 1, 445 et la note.) Mais le texte même ne comporte pas cette interprétation. Car, en cas de divorce ou de séparation de corps, la séparation de biens n'est pas *prononcée* par le jugement, mais elle est l'effet de la *loi* (art. 311).

Il faut donc se prononcer pour l'opinion qui n'admet la dissolution de la communauté que du jour de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil ou du jugement qui admet la séparation de corps. Car les causes de la séparation de biens et celles de la séparation de corps ou du divorce sont tout à fait différentes, et n'ont aucune analogie entre elles. En cas de séparation de corps ou de divorce, la loi ne prescrit pas de mesures de publicité de la demande. D'après l'article 271 du code, les aliénations faites et les obligations contractées par le mari pendant l'instance à la charge de la communauté ne sont pas *nulles* de droit, mais *annulables* seulement lorsqu'elles ont eu lieu en *fraude* des droits de la femme. Enfin cette opinion n'offre aucun danger pour la femme, puisqu'elle peut demander cumulativement la séparation *de biens* avec le divorce ou la séparation de corps, s'il y a des motifs pour l'une et l'autre demande. (Valette sur Proudhon, t. I, p. 541; Marcadé, art. 311, IV; Colmet de Santerre, t. 6, n° 94 *bis*, III; Laurent, t. XXII, n° 338; Cologne, 20 février 1852 et 5 mars 1853, J. P. B., 1853, 402, et la note; Liége, 10 août 1854, P., 1855, 171; Verviers, trib.

civ., 28 janvier 1863, B. J., t. 21, 1270; Limoges, 21 décembre 1869, D., 1870, 2, 83.)

718. L'effet rétroactif du jugement a-t-il lieu seulement entre les *époux* ou aussi à l'égard des *tiers?* Pigeau (*Proc. civ.*, n° 934, 2°) dit que tout ce que font les tiers de bonne foi avec le mari, dans l'intervalle de la demande jusqu'au jugement, est valable vis-à-vis de la femme, sauf à elle son recours contre son mari.

Suivant Toullier, t. XV, n° 100, Pont et Rodière, n°s 866-868, et Marcadé, art. 1449, n° 1, l'effet rétroactif a lieu aussi à l'égard des tiers; mais ils considèrent les actes d'administration comme valables. En principe l'effet rétroactif a lieu aussi à l'égard des tiers. L'article 1445 ne distingue pas. Les mesures de publicité prescrites par la loi ont pour but de mettre les tiers en position de se prémunir contre les effets de la rétroactivité du jugement. Sans la rétroactivité, le mari pourrait rendre illusoire le remède de la séparation. (Cass. fr., 22 avril 1845, J. P., 1845, I, 660; Bourges, 17 avril 1867, D., 1868, 2, 23; Bordeaux, 14 juillet 1870, D., 1871, 2, 229.)

719. Mais la nécessité d'apporter un tempérament à l'alinéa 2 de l'article 1445 résulte d'autres dispositions de la loi. Pendant l'instance, les biens, tant ceux personnels à la femme que les biens de la communauté, ne peuvent pas être laissés sans administration. Le mari, copropriétaire pour moitié des biens de la communauté, ne peut pas être forcé à laisser sa part de copropriété dans l'abandon. Pendant l'instance, le mari continue *de droit* d'être administrateur des biens de la communauté et des biens personnels de la femme (art. 1421, 1428). La loi ne lui enlève pas ce droit, pour le donner provisoirement à une autre personne, par exemple à la femme, ou à un curateur ou séquestre. On ne peut pas supposer, d'une part, que la loi ait voulu légalement continuer les deux administrations au mari, et, d'autre part, qu'elle ait voulu prononcer la *nullité* de *tous* les actes qu'il a faits en cette qualité légale. Mais précisément parce que cette administration peut porter un grand préjudice à la femme, la loi a admis un *correctif*. La femme peut exercer des actes *conservatoires* (code de pr., art. 869) pour empêcher que les faits, même d'administration, ne lui portent préjudice, droit qu'elle n'a pas

durant la communauté. De cette manière, la loi concilie l'intérêt de la communauté, celui de la femme et celui des tiers. Il résulte de là que les actes de bonne administration, faits sans fraude, pendant la durée de l'instance, sont valables, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des tiers. (Paris, 8 août 1869, D., 1869, 2, 236.)

Quant aux aliénations et aux actes frauduleux, la femme peut les attaquer, même contre les tiers.

720. Conséquences de la rétroactivité du jugement :

1° Quant aux biens de la communauté. Tout ce que la femme a acquis dans l'intervalle, et qui serait tombé dans la communauté, lui reste propre, par exemple une succession mobilière.

Le mari n'est plus *maître*, mais seulement *administrateur comptable* de la communauté. Les dettes contractées par lui pendant l'instance ne lient la femme que jusqu'à concurrence de ce dont elle a profité. Les actes de *disposition* faits par le mari ne lient pas la femme.

2° Quant aux biens propres à la femme. Plusieurs jurisconsultes enseignent que la femme n'est pas, quant à ses biens propres, liée par des actes même de simple administration que le mari a passés pendant l'instance. C'est une erreur. Elle est liée par ces actes comme par les actes d'administration de la communauté, s'ils ne sont pas entachés de fraude.

Le mari doit rendre compte de son administration.

Les créanciers du mari ne peuvent pas se faire payer sur les fruits et revenus des biens propres de la femme pendant l'instance. Si la saisie en a été faite, elle tombe par l'effet du jugement qui prononce la séparation.

G. *De la cessation de la séparation de biens* (art. 1451).

721. La communauté dissoute par la séparation, soit de corps et de biens, soit de biens seulement, peut être rétablie du consentement des deux parties. Le principe du rétablissement par le consentement mutuel des époux n'a pas été admis sans contestation sous l'ancienne jurisprudence. Le Châtelet de Paris ne l'admettait pas. Les auteurs du code ont favorisé le retour à la loi primitive du contrat de mariage, parce qu'il rétablit l'union

troublée des époux. L'article 1451 a particulièrement pour source l'article 199 de la coutume d'Orléans et Pothier, *Communauté*, nos 523-529.

722. La communauté ne peut être rétablie que par un acte passé devant notaires et avec minute, dans la forme des contrats de mariage, et dont une expédition doit être affichée et publiée de la même manière que le jugement qui a prononcé la séparation (art. 1451, alin. 2; *suprà*, n° 701).

723. Les époux ne peuvent faire cesser la séparation de biens, qu'en retournant complétement sous le régime sous lequel ils se sont mariés (art. 1451, alin. 3). Autrement la séparation pourrait devenir un moyen de changer les conventions matrimoniales, contrairement à l'article 1395.

724. Mais lorsque la convention de rétablissement de la communauté contient des conditions différentes de celles qui réglaient l'association conjugale avant la séparation, quel en est l'effet? Les clauses dérogatoires seules sont-elles nulles, ou bien toute la convention est-elle nulle, de manière que la séparation de biens continue? Suivant les uns, *Utile per inutile non vitiatur*. Le régime primitif est rétabli, et la clause dérogatoire est censée non ajoutée. (Pothier, n° 529; Duranton, n° 431.)

L'opinion contraire est préférable. Toute la convention est nulle, la séparation continue. Le texte du code et notamment les mots : *toute* convention, sur lequel quelques auteurs s'appuient, et auxquels ils attribuent un autre sens que si la loi eût dit *la* convention, n'est pas plus favorable à l'une qu'à l'autre opinion. Mais, si la communauté n'a pas été rétablie tout à fait comme la première, comment savoir la volonté des parties? Leur volonté *exprimée* n'est pas admise par la loi, et ce que la loi eût *permis* n'est pas exprimé. Auraient-ils préféré la séparation ou la communauté primitive? Dans le doute, il ne faut rien présumer et laisser subsister ce qui est, c'est-à-dire la séparation de biens. (Laurent, t. XXII, n° 358.)

725. Le rétablissement de la communauté remonte, quant à ses effets, au jour du mariage; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation. Mais cet effet rétroactif n'existe qu'entre les époux et non à l'égard des *tiers*. Ainsi, la communauté se rétablit sans préjudice des actes faits valable-

ment par la femme dans l'intervalle de la séparation. Les droits acquis par les tiers ne souffrent aucune atteinte par la rétroactivité ; par exemple, si un tiers ayant donné une dot avec faculté de la reprendre en cas de dissolution de la communauté, l'avait reprise après la séparation de biens, il ne serait pas tenu de la restituer après le rétablissement de la communauté. (Pothier, n° 529; fr. 63, D. *De jure dotium*, 23, 3.)

SECTION IV.

DE L'ACCEPTATION DE LA COMMUNAUTÉ ET DE LA RENONCIATION QUI PEUT Y ÊTRE FAITE, AVEC LES CONDITIONS QUI Y SONT RELATIVES (art. 1453-1466).

I. NOTIONS GÉNÉRALES. — INTRODUCTION HISTORIQUE.

726. Lorsqu'une société ordinaire se dissout, chaque associé prend sa part dans l'actif et dans le passif de la société.

Chacun peut *renoncer* à ses *droits*, mais il ne peut pas se *décharger* de ses *obligations*. La renonciation *à la communauté* prive le renonçant de tous ses droits à la communauté, mais elle le décharge aussi de toute contribution aux dettes dont elle est grevée. Après la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers et ayants cause ont *la faculté de l'accepter ou d'y renoncer* : toute convention contraire *est nulle* (art. 1453).

Le droit de renoncer n'appartient qu'à *la femme* et *à ses héritiers* et *successeurs à titre universel*. Car ce n'est pas *elle* qui a contracté les dettes de la communauté, et le législateur n'a pas voulu la rendre indéfiniment responsable des dettes contractées par le mari. C'est le correctif de la règle que le mari *seul* est le maître de la communauté. « Sans cette faculté, les biens personnels de la femme seraient à la merci du mari, puisqu'une mauvaise administration donnerait lieu aux créanciers de les atteindre. » (Exposé de motifs, n° 20, Locré, XIII, 284.)

Toute convention contraire est nulle. L'option de la femme est d'ordre public, parce que la loi ne veut pas que la femme puisse

contracter un engagement par suite duquel elle pourrait être obligée d'une manière illimitée, pour ses biens et pour sa personne, par une volonté autre que la sienne.

727. L'origine du droit de renoncer à la communauté n'est pas certaine, mais on croit qu'il remonte aux temps des croisades, et qu'il fut accordé d'abord aux veuves des gentilshommes qui étaient partis pour la Terre Sainte, et qui avaient souvent grevé leur patrimoine de dettes que la femme devait payer. Suivant quelques auteurs, la première application de ce privilége eut lieu en faveur des veuves des gentilshommes qui avaient suivi saint Louis dans son expédition. Plus tard, il devint un privilége de *toutes* les femmes *nobles*, comme le prouve l'article 115 de l'ancienne coutume de Paris. La jurisprudence attribuait ce droit à toutes les femmes, bourgeoises et nobles, et l'article 237 de la nouvelle coutume de Paris adopta cette extension.

Par l'influence de la jurisprudence il devint le droit commun aussi dans les pays dont la coutume était muette sur ce point Quelques coutumes, par exemple celles de Senlis, de Clermont, de Troyes, du Beauvoisis, conservant l'ancienne restriction, ne donnaient le droit de renonciation qu'aux veuves des nobles, et aux roturières seulement lorsqu'il avait été stipulé dans le contrat de mariage. Suivant d'autres coutumes, la femme, pour être déchargée des dettes, n'avait qu'à renoncer aux effets mobiliers de la communauté, sans préjudice de sa part dans les acquêts immobiliers.

Loysel (*Instit. cout.*, n° 132) résume ainsi les règles sur l'ancienne forme de la renonciation : « Femme veuve, renonçant à « la communauté, jettoit jadis sa ceinture, sa bourse et ses clefs « sur la fosse de son mari. Maintenant il faut renoncer en jus- « tice, et faire inventaire. » La renonciation était faite sur la tombe du mari, pour la rendre publique. La femme jetait ses clefs pour marquer qu'elle n'avait plus l'administration des biens qui avaient été communs, et qu'elle en abandonnait la part qu'elle y avait; elle jetait sa ceinture avec sa bourse, pour marquer qu'elle ne retenait rien des biens communs.

L'histoire de Belgique nous offre un cas de renonciation en cette forme. Philippe le Hardi, duc de Bourgogne, mort en 1404, laissait ses affaires en un si grand désordre, que sa veuve, Mar-

guerite de Flandre, fille de Louis de Male, prit la résolution de renoncer à ses biens meubles, de crainte de recueillir de trop grandes dettes. A Arras, elle mit publiquement sur le cercueil de son mari sa ceinture avec sa bourse et les clefs, et de ce demanda instrument à un notaire public, qui était là présent. (Voy. *notes sur* Loysel, n° 132.)

II. DE L'ACCEPTATION DE LA COMMUNAUTÉ ; DE SES FORMES ET CONDITIONS.

728. L'acceptation de la communauté, de même que l'acceptation d'une succession, peut être *expresse* ou *tacite* (arg. art. 778). (Voy. t. II, n°s 1390-1396.)

A. *De l'acceptation expresse.*

729. L'acceptation est expresse quand la femme *majeure* prend, dans un acte authentique ou sous seing privé, le titre ou la qualité de commune en biens. L'acceptation ne peut avoir lieu ni sous condition, ni pour une partie seulement de la communauté. Elle est irrévocable, sauf les exceptions suivantes : 1° en faveur de la femme *mineure*. Il faut l'observation des formalités prescrites par les articles 461 et 484 du code civil. Les héritiers de la femme mineure peuvent aussi faire annuler l'acceptation; 2° en cas de dol de la part des héritiers du mari, et il faut ajouter : ou *des créanciers de la communauté;* par exemple, lorsque, après avoir fait croire à la femme que la communauté est opulente, ils l'ont déterminée à l'accepter sans faire inventaire (art. 1455; arg. art. 1116).

B. *De l'acceptation tacite.*

730. L'acceptation tacite a lieu dans deux cas :

1° Si la femme s'est *immiscée* dans les biens de la communauté, c'est-à-dire si elle a posé un acte qu'elle n'avait le droit de faire qu'en qualité de copropriétaire des biens communs (articles 1454, 778).

Si les actes d'immixtion sont de nature à ne pouvoir être passés que par un copropriétaire, ils entraînent nécessairement la

présomption d'acceptation. Une protestation en sens contraire ne leur enlèverait pas ce caractère.

La femme peut faire des actes administratifs ou conservatoires, par exemple des réparations urgentes aux bâtiments communs, interrompre la prescription, requérir ou renouveler les inscriptions hypothécaires contre les débiteurs de la communauté, etc. (Art. 1454, alin. 2.) Pour éviter toute interprétation préjudiciable d'un acte, la femme peut se faire autoriser, par une ordonnance du président du tribunal, à passer cet acte en sa qualité d'*habile à se porter commune en biens*. (Zachariæ, § 517.)

731. 2° La femme qui a *diverti* ou *recélé* des effets de la communauté, peu importe que ces effets soient inventoriés ou non, est déclarée *commune*, nonobstant sa renonciation. C'est une disposition qui a un caractère pénal. L'un et l'autre supposent mauvaise foi, intention frauduleuse. Il importe peu que le divertissement ou le recel ait eu lieu *avant* ou *après* la dissolution de la communauté (art. 1460; code de pr., art. 792).

La femme qui a diverti ou recélé ne peut pas en arrêter les conséquences en restituant les effets détournés. Si la femme a diverti ou recélé, puis renoncé à la communauté, elle ne peut pas attaquer elle-même la renonciation. Les héritiers du mari ont alors le choix de la traiter soit comme ayant accepté la communauté, soit comme y ayant renoncé.

L'article 1460 s'applique seulement au cas où le divertissement ou recel est *antérieur* à la renonciation; car, dès que la renonciation a été faite, il n'y a plus de communauté; la femme ne peut donc plus être déclarée commune. Le divertissement devient alors une soustraction ordinaire d'une chose d'autrui, un vol (code pén., art. 380).

732. La règle du numéro précédent s'applique-t-elle à la veuve *mineure?* Dans l'ancienne jurisprudence, on décidait affirmativement, parce que le mineur n'est pas restitué contre ses délits, et que la présomption de l'acceptation était *in pœnam* du recéleur. Aujourd'hui, la question est controversée. Pour l'affirmative, on cite l'article 1310, l'intention probable du législateur de ne pas s'écarter de l'ancien droit; l'argument de l'article 1455, qui énonce expressément la femme majeure, tandis que l'article 1460 ne distingue pas. (Odier, n° 466.)

Pour la négative, on dit : La femme mineure est incapable de se priver *indirectement* du bénéfice de renoncer ; elle le pourrait, si le recel l'en privait. La conséquence de l'article 1310 est seulement d'obliger la femme à la restitution de ce qu'elle a diverti ou recélé. Cette raison prouve trop ; car le mineur peut toujours *s'obliger* indirectement par un délit. D'ailleurs, l'article 1460 a une nature toute pénale, et il n'y a pas de restitution contre la peine. (Troplong, n° 1567 ; Laurent, t. XXII, n° 384.)

Le divertissement et le recel ont encore d'autres conséquences (voy. art. 1477 et 1483).

733. La loi ne prescrit aucun délai pour accepter la communauté. L'acceptation peut donc avoir lieu pendant le délai ordinaire pour l'exercice des droits, c'est-à-dire pendant trente ans depuis le jour de la dissolution de la communauté, et plus longtemps encore, si aucun autre ne s'en est mis en possession (articles 2262, 789).

Il y a exception pour la femme *divorcée*, ou *séparée* de corps, ou *séparée* de biens. Elle est censée avoir *renoncé* à la communauté, si elle ne l'a pas acceptée dans le délai de trois mois et quarante jours après le divorce ou le jugement de séparation passé en force de chose jugée (art. 1463 ; code de proc., article 174).

Pendant toute la durée du délai, la femme divorcée ou séparée reste sous le droit commun de l'article 1454 ; elle peut accepter expressément ou tacitement.

III. DE LA RENONCIATION, DE SES FORMES ET CONDITIONS.

734. En principe, la renonciation à la communauté ne peut se faire qu'*expressément*, par une déclaration *formelle*. (Voy. n° 738.)

Exceptionnellement la renonciation est *tacite* ou présumée en cas de divorce et en cas de séparation de corps ou de biens (article 1463, et *infrà*, n° 740).

A. *De la renonciation expresse.*

735. D'après l'article 237 de la coutume de Paris, la femme, pour *pouvoir renoncer* à la communauté, était tenue de faire faire

bon et loyal inventaire. L'article 1456 dit que « la femme survivante qui veut *conserver* la faculté de renoncer, etc., » doit faire faire un inventaire; d'où les jurisconsultes ont conclu qu'elle peut renoncer à la communauté, *dans* les trois mois, *sans faire inventaire*, et qu'elle ne doit faire cet inventaire que lorsqu'elle veut conserver *cette faculté* au delà des trois mois.

Cette interprétation est conforme au texte de l'article 1456. Mais elle est controversée. (Bruxelles, 4 février 1852; B. J., t. 10, 418; P. 1854, 48; Toullier, t. XV, n° 150; Odier, n° 458; Laurent, t. XXII, n° 395.) — Pour l'opinion contraire, qui exige toujours un inventaire, voy. Bruxelles, 25 avril 1849, B. J., t. 7, 1660 et la note; P. 1849, 312.

Mais si la femme n'ayant pas fait inventaire est, nonobstant sa renonciation, restée en possession des biens de la communauté, elle est passible de la preuve prescrite par l'article 1442. (Voy. *suprà*, n° 689.)

736. La femme qui veut *conserver* la faculté de renoncer à la communauté doit, dans les trois mois du jour du décès du mari, faire faire un inventaire fidèle et exact de tous les biens de la communauté, contradictoirement avec les héritiers du mari, ou eux dûment appelés. Cet inventaire doit être fait dans la forme ordinaire prescrite par les articles 941-944 du code de procédure; il doit être par la femme affirmé sincère et véritable, lors de sa clôture, devant l'officier public qui l'a reçu (art. 1456; 793, 794).

Si elle *n'a pas fait faire l'inventaire* dans les trois mois, elle est irrévocablement déchue de la faculté de renoncer à la communauté. Elle est réputée commune et tenue de sa part des dettes de la communauté. (Rouen, 4 juillet 1874; D. 1875, 2, 189.)

La femme ne peut pas elle-même se prévaloir du défaut d'inventaire pour faire annuler sa renonciation. (Cass. fr., 6 juillet 1869, D., 1869, 1, 479.)

Si les circonstances rendent difficile le commencement ou l'achèvement de l'inventaire ou la délibération dans les délais prescrits, la veuve peut demander au tribunal de première instance une prorogation de ces délais pour sa renonciation. Cette prorogation est, s'il y a lieu, prononcée contradictoirement avec les héritiers du mari ou eux dûment appelés (art. 1458).

737. La jurisprudence s'est quelquefois relâchée de la rigueur des délais prescrits par la loi, soit pour faire inventaire, soit pour délibérer. Ainsi, par exemple, il a été jugé que, lorsque l'état de la communauté ne pouvait être connu de la femme que par le compte rendu par le mari, le délai de trois mois et quarante jours ne devait courir que du jour de la reddition de compte de la part du mari. (Cass. fr., 2 décembre 1834.) De même, il a été admis que la femme peut encore renoncer à la communauté si l'inventaire a été fait peu de temps après l'expiration du délai légal. Ces décisions sont contraires à la loi. S'il y a des circonstances qui empêchent la femme de faire ou d'achever l'inventaire, elle peut demander une prorogation.

On ne peut admettre une décision en ce sens que lorsque la femme avait des motifs légitimes de ne pas faire l'inventaire dans le délai voulu, par exemple, si elle a ignoré la mort de son mari. (Zachariæ, § 517; cass. fr., 17 mai 1858, D., 1858, 1, 351; Brux., 12 août 1859, B. J., t. 18, 817.)

738. La renonciation doit se faire au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel le mari avait son domicile; cet acte doit être inscrit sur le registre établi pour recevoir les renonciations à succession (art. 1457; 784).

Cette forme est requise pour que la renonciation soit valable à l'égard des créanciers; mais entre la femme ou ses héritiers et le mari ou ses héritiers, la renonciation peut avoir lieu par toute espèce de convention. (Cass. fr., 6 novembre 1827.)

739. Si la femme a fait l'inventaire prescrit par l'article 1456, sans avoir fait sa renonciation dans le délai voulu, elle conserve la faculté de renoncer pendant trente ans, pourvu qu'elle ne se soit point immiscée et qu'il n'existe pas contre elle de jugement passé en force de chose jugée, qui la déclare commune. Dans ce dernier cas, elle doit être considérée comme commune en biens à l'égard de tout le monde, si le jugement est *contradictoire*, parce que, en contestant, la femme a pris dans les actes de procédure la qualité de *commune* (art. 1455). Mais si le jugement était rendu par défaut, ou s'il était intervenu dans une contestation ayant pour objet la qualité même de la femme, il ne pourrait être invoqué que par celui qui l'aurait obtenu (art. 1351). (Voy., sur cette question, t. II, n[os] 1449-1450.)

Toutefois, si après l'expiration du délai de trois mois et quarante jours, ou de celui de quarante jours depuis la clôture de l'inventaire, s'il a été clos avant les trois mois, la femme ne prend pas qualité, elle peut être poursuivie comme commune jusqu'à ce qu'elle ait renoncé, et elle doit les frais faits contre elle jusqu'à sa renonciation (art. 1459).

B. *De la renonciation tacite par la femme divorcée ou séparée.*

740. La femme divorcée ou séparée de corps, qui n'a point, dans les trois mois et quarante jours après le divorce ou la séparation définitivement prononcée, *accepté* la communauté, est censée y avoir renoncé, à moins qu'étant encore dans le délai, elle n'en ait obtenu la prorogation en justice, contradictoirement avec le mari, ou lui dûment appelé (art. 1463). Pour opérer cette renonciation, il ne faut donc ni inventaire, ni déclaration au greffe. La femme *peut* faire inventaire pour s'éclairer sur la convenance d'accepter ou de renoncer; mais elle n'est pas tenue de le faire : c'est parce que dans ce cas le mari, *existant encore*, est resté en possession de tous les effets de la communauté; il n'y a donc ni confusion possible ni crainte d'immixtion de la part de la femme, comme dans le cas de prédécès du mari. De plus la loi ne veut pas forcer le mari à faire un procès à sa femme pour l'obliger à prendre qualité. Enfin, si la communauté est mauvaise, il est plus juste d'établir une présomption favorable à la femme, qui n'a pas contracté les dettes.

L'article 1463 doit aussi être appliqué à la femme simplement séparée *de biens*, par identité de motifs. (Troplong, n° 1582.)

La femme qui a tacitement renoncé ne peut plus accepter. (Agen, 21 décembre 1869, D. 1870, 2, 160.)

C. *De la renonciation par les héritiers de la femme.*

741. Il y a deux hypothèses principales :

1° La communauté s'est dissoute par le décès du mari, et sa veuve meurt pendant les délais pour faire l'inventaire et pour délibérer. Dans ce cas, il faut distinguer :

a. L'inventaire n'était pas commencé ou terminé à sa mort; les

héritiers auront, pour faire ou pour terminer l'inventaire, un nouveau délai de trois mois, à compter du décès de la veuve, et de quarante jours pour délibérer, après la clôture de l'inventaire (art. 1461, alin. 1; 795).

b. L'inventaire était terminé. Dans ce cas, dit l'article 1461, alin. 2, les héritiers de la veuve auront, pour délibérer, un nouveau délai de quarante jours, à compter de son décès. Cette disposition suppose que *tous les biens* qui composent la succession de la veuve se trouvent compris dans l'inventaire qu'elle a fait de la communauté. Mais si elle a encore *d'autres* biens, l'article 1461, alin. 2 ne fait pas perdre aux héritiers le bénéfice de l'article 795. Ils ont donc trois mois pour faire l'inventaire de *toute* la succession. Il ne peuvent pas être forcés à prendre qualité avant l'expiration de ces trois mois et quarante jours; donc, avant l'expiration *de ce nouveau délai,* ils ne sont pas tenus d'accepter la communauté ou d'y renoncer. Car l'acceptation ou la répudiation de la communauté constituerait, de la part des héritiers de la femme, un acte d'*acceptation de sa succession.* Il n'y a qu'un cas dans lequel les héritiers n'auraient que quarante jours pour délibérer, c'est quand ils acceptent immédiatement la succession de la veuve. (Duranton, t. XIV, n° 455; Odier, n° 465; Laurent, t. XXII, n° 432.)

742. 2° La communauté se dissout par le prédécès de la femme; ses héritiers peuvent renoncer à la communauté dans les délais et dans les formes que la loi prescrit à la femme survivante (art. 1466).

Ses héritiers sont-ils tenus, comme la femme elle-même, de faire inventaire dans les trois mois pour conserver la faculté de renoncer? D'après l'ancienne jurisprudence, *non.* (Pothier, n°s 561 et 562.) Quelques jurisconsultes, par exemple, Merlin (*Rép.*, v° *Inventaire*, § 5, n° 3), sont encore de cet avis, mais à tort. Les travaux préparatoires du code civil, et notamment les observations du Tribunat, prouvent que les héritiers de la femme doivent aussi faire inventaire, s'ils veulent conserver la faculté de renoncer à la communauté. Le premier projet de l'article 1461 portait que les héritiers de la femme décédée pendant le délai pour faire inventaire pouvaient renoncer à la communauté, *nonobstant le défaut d'inventaire,* tant qu'ils ne s'étaient pas im-

miscés. Sur les observations du Tribunat « qu'il fallait toujours un inventaire pour éviter les fraudes à l'égard des tiers », l'article 1461 fut adopté tel qu'il est, et l'article 1466 fut ajouté. (Observations du Tribunat, n° 12, Locré, XIII, 135, 251 et 252.) Sans l'inventaire, il serait facile de frauder les créanciers par un concert entre le mari survivant et les héritiers de la femme, qui souvent sont les enfants communs. (Troplong, n° 1603; Liége, 24 mai 1873, B. J., t. 31, 676; P. 1873, 217; 14 janvier 1874, P. 1874, 114; Lyon, 9 juin 1876, D., 1878, 2, 13; Laurent, t. XXII, n° 428. En sens contraire, Poitiers, 17 déc. 1851, J. P., 1853, II, 88; Cass. belge, 14 janvier 1875, B. J., t. 33, 433 et la note; P. 1875, 79, cass. fr., 19 mars 1878, D. 1878, 1, 218.)

D. *Du droit des créanciers d'attaquer la renonciation à la communauté.*

743. Les créanciers de la femme ou de ses héritiers peuvent attaquer la renonciation qui aurait été faite par elle ou par ses héritiers en fraude de leurs créances, et accepter la communauté de leur chef (art. 1464, 1167; voy. *suprà*, n[os] 91, 83).

Les créanciers peuvent aussi attaquer la renonciation *tacite* qui a lieu en cas de divorce ou de séparation de corps ou de biens. La loi ne distingue pas.

Le mari ou ses héritiers peuvent opposer aux créanciers le bénéfice de discussion; c'est-à-dire, ils peuvent exiger que les créanciers attaquent d'abord les biens personnels de la femme. Si ceux-là suffisent, ils n'ont plus d'intérêt à accepter la communauté.

744. Les créanciers peuvent-ils attaquer l'*acceptation* de la communauté? Quant aux *créanciers personnels* de la femme, ils ne peuvent pas attaquer l'acceptation contre les créanciers de la communauté, parce qu'ils ne peuvent pas l'empêcher de faire de nouvelles dettes (arg. art. 881). Ils n'y ont d'ailleurs aucun intérêt, la femme acceptante n'étant tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument (art. 1483).

Mais les créanciers peuvent faire tous les actes conservatoires du bénéfice d'émolument que l'article 1483 donne à la femme.

Ainsi, ils peuvent requérir apposition des scellés, inventaire, etc. (art. 820, 1166). (Toullier, XV, n° 203.)

Pothier, n° 559, dit que les créanciers de la femme peuvent attaquer l'acceptation, si elle a été faite en fraude de leurs droits ; par exemple, si la femme a accepté pour décharger les héritiers du mari de la reprise de son apport stipulée par le contrat de mariage. Dans ce cas, c'est plutôt la *renonciation* au droit de reprise que l'acceptation de la communauté que les créanciers attaquent. Toutefois, il a été jugé que les créanciers de la femme pourraient attaquer l'acceptation d'une communauté en déconfiture comme faite en fraude de leurs droits. (Cass. fr., 26 avril 1869, D., 1869, 1, 239.)

Quant aux *créanciers de la communauté*, ils n'ont pas ce droit non plus. Ils ne peuvent pas davantage demander la séparation de patrimoines, c'est-à-dire de la part appartenant à la femme dans la communauté d'avec son patrimoine propre. Le bénéfice de la séparation des patrimoines est spécial au cas où les patrimoines de deux personnes jusqu'alors distincts sont sur le point de se confondre par succession. Mais la part de la femme dans la communauté et ses biens personnels ne forment pas deux patrimoines appartenant à deux personnes distinctes.

IV. DES DROITS DE LA VEUVE, SOIT QU'ELLE ACCEPTE, SOIT QU'ELLE RENONCE (art. 1465).

745. La raison juridique des droits qu'accorde l'article 1465, c'est que la femme, en administrant la communauté et en faisant inventaire, agit également dans l'intérêt des héritiers du mari et des créanciers. Le bénéfice de cet article s'étend aussi à la prorogation du délai pour faire inventaire et pour délibérer (article 1458). Mais la femme cesse d'en jouir dès que l'inventaire est fini et le délai pour délibérer expiré. (Duranton, n° 466 ; Odier, n° 479.) Suivant une autre opinion, la veuve a toujours ce droit pendant trois mois et quarante jours, quand même elle aurait pris qualité avant l'expiration de ce délai. (Rouen, 12 mai 1871 et sur pourvoi, cass. fr., 15 décembre 1873, D , 1872, 2, 203, et 1874, 1, 113.)

746. La veuve, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, a droit :

1° Pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer, de prendre sa nourriture et celle de ses domestiques sur les provisions existantes, et, à défaut, par emprunt au compte de la masse commune, à la charge d'en user modérément (art. 1465, alin. 1). Il faut y ajouter la nourriture des enfants *communs*. La nourriture des enfants d'un premier lit est à sa charge *personnelle*. Si les héritiers du mari renonçaient à la succession, la femme devrait personnellement payer les *dettes* qu'elle aurait contractées depuis la dissolution de la communauté, sauf à se porter créancière de cette dernière.

2° Au logement pendant le même délai. Ce droit n'était autrefois pas universellement admis par les coutumes ; mais la jurisprudence l'avait admis généralement.

Il faut distinguer les diverses hypothèses qui peuvent se rencontrer. Si la maison appartient à la communauté, la veuve ne paye aucun loyer ; si elle appartient à un tiers, la communauté en paye le loyer ; si elle appartient aux héritiers du mari, la femme ni la communauté n'en doivent le loyer. Si la maison est la propriété personnelle de la femme, elle n'a pas droit à une indemnité de logement (art. 1465, alin. 2).

3° Au deuil (art. 1481). Ce n'est pas une dette de la communauté, mais une dette personnelle aux héritiers du mari. *Mulier non debet propriis sumptibus lugere maritum.* Le deuil des domestiques fait partie de celui de la veuve. Le deuil doit être payé en argent, pas en nature. La valeur en est réglée selon la fortune du mari. (Pothier, nos 677 et 678 ; Odier, n° 490.)

SECTION V.

DES EFFETS DE L'ACCEPTATION DE LA COMMUNAUTÉ OU DU PARTAGE DE LA COMMUNAUTÉ APRÈS L'ACCEPTATION.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

747. Les effets de l'acceptation de la communauté remontent au jour de la dissolution (arg. art. 777, 883). C'est à ce jour

que le bilan de son actif et de son passif doit être arrêté. (Cass. fr., 8 juin 1868, D., 1871, 1, 224.)

Les règles prescrites à l'égard du mari et de la femme s'appliquent aussi à leurs héritiers (art. 1491).

I. DU PARTAGE DE L'ACTIF.

748. Il faut distinguer trois opérations qui peuvent être nécessaires pour faire le partage de l'actif de la communauté :

1° La formation de la masse à partager;

2° Le partage même;

3° La liquidation des créances personnelles de l'un des époux contre l'autre.

A. *De la formation de la masse à partager* (art. 1468-1473).

1. DES RAPPORTS.

749. Les époux et leurs héritiers doivent rapporter à la masse des biens existants tout ce dont ils sont débiteurs envers la communauté à titre de récompense ou d'indemnité d'après les règles ci-dessus exposées aux numéros 682-685.

En vertu de ce principe, chaque époux ou son héritier rapporte également les sommes qui ont été tirées de la communauté, ou la valeur des biens que l'époux y a pris pour doter un enfant d'un autre lit (Cass. fr., 21 novembre 1871, D., 1872, 1, 189; Cass. fr., 23 juin 1869, D., 1870, 1, 5), ou pour doter personnellement l'enfant commun (art. 1468, 1469). Les époux ne peuvent pas remplacer l'obligation mutuelle de rapporter par la compensation ou par une dispense mutuelle de rapporter, du moins pas dans le cas où des tiers, par exemple les créanciers, sont intéressés au rapport. Par exemple, le mari et la femme doivent chacun 10,000 francs à la communauté. Ils peuvent compenser. Mais, en cas d'insuffisance de la communauté, acceptée par la femme, celle-ci doit imputer sur son émolument ce dont elle était débitrice envers la communauté, et les créanciers de la communauté ont droit de la poursuivre jusqu'à concurrence de cette somme.

750. Le rapport peut s'opérer *réellement* lorsque l'époux réunit à la masse à partager les objets mêmes en nature, ou les sommes qu'il était tenu de rapporter; ou *fictivement*, lorsque

l'époux est constitué débiteur d'une somme égale à la valeur des objets ou indemnités qu'il doit.

La liquidation peut se faire de différentes manières : ou ce que l'un des époux doit lui est précompté sur sa part ; ou l'autre époux prélève avant le partage une somme égale ; ou, après le partage, l'époux débiteur paye à son conjoint une somme égale à la moitié de sa dette (récompense de demi-denier).

2. DES PRÉLÈVEMENTS.

751. Sur la *masse des biens,* c'est-à-dire de *tous* les biens qui, pendant la communauté, se trouvaient confondus dans la main du mari, donc des biens du mari, de ceux de la femme et de ceux de la communauté, chaque époux ou son héritier prélève ; 1° ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi ; 2° le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté, et dont il n'a point été fait remploi ; 3° les indemnités qui lui sont dues par la communauté (art. 1470).

752. Les remplois et récompenses dus par la communauté aux époux, et les récompenses et indemnités par eux dues à la communauté, emportent les intérêts de plein droit, du jour de la dissolution de la communauté (art. 1473). Cette disposition s'applique aussi au cas où la femme a renoncé à la communauté. (Cass. fr., 9 février 1870, D., 1870, 1, 119.) C'est une exception de la règle de l'article 1153. La loi ne veut pas obliger l'époux survivant et les héritiers de l'époux prédécédé à se poursuivre judiciairement afin de faire courir les intérêts de leurs reprises respectives.

a. *Des prélèvements de la femme.*

753. Les prélèvements de la femme s'exercent sur les biens de la communauté, et en cas d'insuffisance des biens de la communauté, sur les biens *personnels* du mari ; c'est pour ce motif qu'ils s'exercent *avant* ceux du mari (art. 1471, alin. 1, 1472, 1436). La raison de cette règle, c'est que le mari était pendant le mariage maître de la communauté, et qu'il doit en avoir la responsabilité, s'il l'a laissée dans un état à ne pouvoir plus offrir à la femme la valeur de ses biens personnels aliénés.

754. Les prélèvements de la femme s'exercent dans l'ordre suivant, pour les biens qui n'existent plus en nature : d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté : dans ce dernier cas, le choix des immeubles est déféré à la femme et à ses héritiers (art. 1472, alin. 2).

Les objets choisis par la femme pour exercer ses reprises seront estimés soit de commun accord, soit par experts; elle les prend en payement de ses droits, *suivant l'estimation*, et non suivant le prix de l'acquisition. Toutefois, si le mari veut donner plus, la femme ne peut pas garder moyennant l'estimation. Le droit de prélever des biens en nature appartient à la femme, non-seulement pour la récompense due par suite de l'aliénation de ses propres, mais pour toute récompense quelconque, quelle qu'en soit la cause. (Pothier, n° 702.) C'est parce que la femme est déjà *copropriétaire* que la loi lui donne ce droit, et non pas, comme on l'a dit, pour lui attribuer de nouveaux immeubles à la place de ceux qui ont été aliénés. Ce qui prouve que cette dernière idée est fausse, c'est que la femme, quelle que soit la cause de ses reprises, doit *toujours* les exercer, d'abord sur *l'argent comptant*, ensuite sur le *mobilier*, et subsidiairement sur les *immeubles*. Elle a aussi le choix du mobilier, puisqu'elle a le choix des immeubles.

755. La femme ne peut pas exercer le choix dont il est question au n° précédent, dans le cas où elle exerce ses prélèvements sur les biens personnels du mari; ce dernier n'est pas tenu à une dation en payement. Le mari, débiteur de sa femme, doit être alors poursuivi sur ses biens comme un débiteur ordinaire. (Lyon, 12 avril 1867, D., 1868, 2, 82.)

756. La femme peut-elle exercer ses prélèvements par privilége au préjudice des créanciers de la communauté?

Peu de questions de droit civil ont, dans les derniers temps, soulevé autant de discussions que celle-là. Sous l'empire du code civil, les opinions suivantes ont divisé les auteurs :

1° Suivant quelques jurisconsultes, la femme a un droit de préférence tant sur les *meubles* que sur les immeubles de la communauté. Elle exerce ses prélèvements par privilége avant les créanciers de la communauté. (Troplong, n°s 1635-1644).

2° La femme n'est, à l'égard des autres créanciers de la communauté, qu'une simple créancière chirographaire. Elle n'a aucun droit de préférence ni sur les meubles, ni sur les immeubles. Elle est payée, comme les autres créanciers, par contribution sur les biens de la communauté. Elle a une hypothèque légale sur les *biens personnels* du mari, mais non pas sur ceux de la communauté. (Marcadé, art. 1471, III.)

3° Si la femme *renonce* à la communauté, les immeubles appartiennent au mari personnellement, et ils sont frappés de l'hypothèque légale de la femme; mais, si elle *accepte* la communauté, elle n'arrive sur la masse qu'en concurrence avec les autres créanciers. (Demante, édit. de Mazerat, n° 131.)

4° Quant aux *meubles* de la communauté, la femme n'est que créancière chirographaire; mais elle a une hypothèque légale sur les immeubles de la communauté, comme sur les immeubles propres du mari. (Zachariæ, § 511.)

On dit à l'appui de la première opinion : D'après l'article 1483, la femme n'est tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument. On entend par *émolument* tout le bénéfice que la femme tire de la communauté, distraction faite de ses reprises. Donc, si les créanciers trouvent la femme payée de ses reprises par le moyen des prélèvements autorisés par l'article 1471, ils n'ont pas le droit de lui retirer quelque chose. Supposons que, la veille de la dissolution de la communauté, le mari eût employé tous les biens de la communauté pour faire remploi des immeubles vendus de la femme, ces actes ne pourraient pas être attaqués par les créanciers de la communauté. On peut dire que la femme n'est censée avoir consenti à l'aliénation de ses propres ou à la confusion de ses propres avec ceux de la communauté, que dans la supposition que ses reprises s'exerceraient avant la dissolution de la communauté. La femme qui prélève ce qu'elle a le droit de reprendre ne diminue pas la masse de la communauté au préjudice des créanciers.

Quelques jurisconsultes et un arrêt de la cour de cassation de France, du 15 février 1853 (J. P., 1853, 1, 513; D., 1853, 1, 76), disent que c'est à titre de *propriétaire* que la femme a droit au prélèvement, qu'elle prélève donc en quelque sorte ses biens *en nature*, *in specie*.

757. Il nous semble que l'opinion qui accorde à la femme un privilége pour ses reprises est erronée. La femme n'est, à l'égard des autres créanciers de la communauté, qu'une simple *créancière chirographaire*. Pour le prouver, il suffit d'examiner la nature de son droit.

Si la masse de *tous les biens* des époux est formée, la femme peut avoir, *à l'égard de cette masse*, deux espèces de droits :

1° Un droit *réel* de propriété sur les choses qui ne sont pas tombées dans la communauté. Elle *les reprend en nature*. Elle ne peut jamais avoir un droit de cette nature contre la communauté, tous les objets de la communauté étant *propriété indivise* appartenant à elle et à son mari;

2° Une créance, ayant pour objet une somme d'argent, que l'un des époux peut avoir contre l'autre, ou contre la communauté. Ce droit contre la communauté est personnel et non *réel;* la communauté est débitrice *in genere* d'une somme d'argent. Il est donc impossible que l'un des époux prélève cette somme à titre de *propriétaire*. Il ne peut donc pas *revendiquer*, comme dans le premier cas.

La communauté a envers l'époux une *obligation de donner* une somme d'argent (*genus*); l'époux, envers la communauté, une *créance*. La circonstance que l'époux est copropriétaire *pro indiviso* des objets composant la communauté ne change rien à la nature de sa créance. Il se trouve dans le même rapport qu'un associé vis-à-vis de la société. S'il n'y a pas d'autres créanciers, l'époux peut donc être payé de la manière indiquée à l'article 1471. Mais il n'en est pas ainsi lorsqu'il y a plusieurs créanciers. Il faut bien remarquer que les articles 1468-1481 ne règlent *que les rapports entre les époux,* et non pas les rapports des époux ou de la communauté à l'égard des tiers, et que les termes *prélever*, etc., qui semblent indiquer une préférence, n'ont d'autre portée que de donner *à l'opération des reprises le pas sur le partage*. En d'autres termes, *les époux prélèvent* leurs créances *avant de partager*. Mais il ne suit pas de ces articles que les époux *prélèvent leurs créances avant les autres créanciers*.

La nature des créances de la femme et de celles du mari contre la communauté est la même *que celle des autres* créanciers. Les biens de la communauté sont leur gage *commun* (art. 2093). Où

est maintenant *la cause légitime* de préférence? Y a-t-il un privilége accordé par la loi? Non.

Si la femme a été payée avant la dissolution de la communauté, même en épuisant la communauté, elle est tout simplement *créancier* plus *heureux* que les autres, et ce payement ne peut pas être attaqué, parce qu'il n'est pas frauduleux. Mais si la femme n'a pas été payée, elle ne peut pas *prendre* son payement par privilége sur les biens communs, gage de tous les créanciers.

758. La question qui précède a été résolue, abstraction faite de l'hypothèque *légale* de la femme. Le code donne à la femme une hypothèque légale et occulte sur tous les biens de son mari (art. 2121). Cette hypothèque frappe-t-elle aussi les immeubles de la communauté? Cette question est controversée. D'après l'opinion de ceux qui se prononcent pour l'affirmative, la femme a un droit de préférence sur les immeubles de la communauté, mais alors ce droit de préférence est fondé sur une disposition formelle de la loi, sur une hypothèque.

En **Belgique**, depuis la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, la femme n'a plus d'hypothèque sur les biens de son mari, sans inscription. La question de savoir si elle peut exercer ses prélèvements par privilége offre donc un grand intérêt. Mais elle nous semble résolue par la loi hypothécaire même. En effet, si, dans la pensée du législateur, la femme pouvait dans tous les cas exercer ses prélèvements par privilége, pourquoi l'aurait-il fait dépendre de l'inscription hypothécaire? Preuve évidente que l'hypothèque est *la seule raison* de préférence sur les immeubles. Dès lors, il n'y a aucune raison pour admettre cette préférence sur les meubles de la communauté.

759. Un grand nombre de décisions judiciaires ont été rendues depuis quelques années sur les questions qui précèdent. Après quelques hésitations, la jurisprudence de la cour de cassation de France paraît aujourd'hui fixée dans le sens que la femme n'a pas de privilége pour ses reprises. (Laurent, t. XXII, n[os] 526-534; Colmet de Santerre, t. VI, n° 132 *bis*, III, XIII; Cass. fr., 16 janvier, 8 février et 1[er] décembre 1858, 24 décembre 1860 et 6 juillet 1870, D., 1858, 1, 5 et 70; 1859, 1, 11, et 1861, 1, 23 et la note; 1871, 1, 116.) La cour de Cologne

s'est prononcée dans le même sens. (Cologne, 15 décembre 1857, B. J., t. 18, 17.)

En **Belgique**, la jurisprudence n'est pas encore fixée. Un arrêt de la cour de Gand, du 9 mars 1835, un jugement du tribunal de la même ville du 13 août 1856 (B. J., t. 14, 1284) et un arrêt de Bruxelles du 20 février 1861 (P., 1861, 188), sont *contre* le privilége. Un jugement du tribunal de Gand du 4 février 1856 et deux jugements du tribunal civil de Bruxelles, des 20 juin 1855 et 22 juillet 1857, se prononcent *pour* le privilége de la femme. (B. J., t. 14, 312; t. 16, 179, 4.)

b. *Des prélèvements du mari.*

760. Le mari ne peut exercer ses reprises que sur les biens de la communauté. La femme a pour débiteurs et la communauté et le mari. Le mari avait seul l'administration de la communauté; si elle est insuffisante à couvrir ses reprises, il n'a qu'à se l'imputer à lui-même (art. 1472, alin. 1, 1436). La stipulation, dans le contrat de mariage, que le mari pourrait exercer ses reprises sur les biens propres de sa femme, est nulle. (Cass. B., 1er décembre 1870, P., 1871, 3; Gand, 20 avril 1874, P., 1874, 394.)

761. Lorsque la femme a exercé ses prélèvements, le mari a aussi le droit d'exercer ses reprises, en choisissant entre les biens de la communauté, bien que l'article 1471 n'accorde ce choix formellement qu'à la femme et à ses héritiers. Car la raison est la même; ce choix est fondé sur son droit de copropriété. (Liége, 25 février 1865, B. J., t. 24, 5, confirmé par Cass., 23 novembre 1866, B. J., t. 25, 38, P., 1867, 69; Pothier, n° 702.)

c. *De la nature mobilière ou immobilière de l'action en reprise.*

762. L'action en reprise, en récompense ou en prélèvement sur la communauté est-elle mobilière ou immobilière? Par exemple, tombe-t-elle dans la nouvelle communauté lorsque l'époux se remarie? Lorsqu'il y a un légataire universel des meubles et un légataire universel des immeubles, l'action en reprise appartient-elle au premier ou au second?

Les anciens auteurs et la plupart des auteurs modernes considèrent cette action comme *mobilière*, parce qu'elle a pour objet un *meuble*, c'est-à-dire une somme d'argent (*actio mobilis quæ tendit*

ad quid mobile), quand même le prélèvement s'exercerait sur un immeuble. (Troplong, nos 374-400; Laurent, XXII, no 535; Cass. fr., 14 nov. 1871, D., 1871, 1, 345; Bruxelles, 16 nov. 1865, P., 1866, 374, et 22 juill. 1876, P., 1877, 221.)

Une autre opinion s'est fait valoir dans le dernier temps. Elle consiste à dire qu'il faut attendre le résultat de la liquidation pour savoir si les droits de l'époux sont mobiliers ou immobiliers. S'il a exercé le prélèvement sur une somme d'argent ou sur un meuble, son droit est mobilier; s'il l'a exercé sur un immeuble, son droit est immobilier. Cette opinion se fonde sur l'effet rétroactif du partage (art. 883) et sur la règle relative aux obligations alternatives, dont la nature est déterminée par l'éventualité du payement. (Marcadé, art. 1401.) Elle confond *l'objet* de l'action en reprise avec la *manière* dont ce droit s'exerce. L'objet est toujours une somme d'argent, l'action en reprise est donc *mobilière*. L'article 1471 règle la manière dont la reprise s'exerce. S'il n'y a ni argent ni mobilier, les immeubles *peuvent* être pris en payement par l'époux créancier (*datio in solutum*) après estimation, mais celui-ci n'a aucun droit direct dont l'immeuble soit l'objet. (Bruxelles, 22 nov. 1848, B. J., t. 11, 68; Cass. fr., 6 juill. 1870, D., 1871, 1, 116, cassant un arrêt de la cour de Paris du 24 juillet 1869, D., 1870, 2, 25, qui considère la disposition de l'art. 1471 comme impérative, et comme refusant à la femme le droit d'exiger le payement de ses récompenses en argent.)

B. *Du partage de la masse* (art. 1474-1477).

1. DU PRINCIPE DU PARTAGE.

763. Après que tous les prélèvements des deux époux ont été exécutés sur la masse, le surplus se partage *par moitié* entre les époux ou ceux qui les représentent (art. 1474).

764. Cette règle souffre *exception* dans trois cas :

1° S'il y a stipulation contraire au contrat de mariage ; par exemple, si ce contrat assigne aux époux des parts inégales (articles 1520 et suiv.).

2° En cas de divertissement ou de recel. Celui des époux qui a diverti ou recélé quelques effets de la communauté est privé de

sa portion dans lesdits effets (art. 1477; 792; voy. *suprà*, nº 731-732). Cette disposition s'applique au mari, à la femme et à leurs héritiers. Elle s'applique aussi à l'époux mineur. Il importe peu que le détournement ou le recel ait été commis avant ou après la dissolution de la communauté, avant ou après la confection de l'inventaire.

La jurisprudence ancienne et moderne a entendu et appliqué ces termes dans un sens large, afin d'empêcher que l'un des époux ne dépouille la communauté à son profit. Mais, pour qu'il y ait recel ou divertissement, il faut l'*intention* de s'approprier exclusivement la chose commune. (Paris, 16 juin 1875, D., 1877, 2, 148.)

765. 3° La troisième exception a lieu dans le cas prévu par l'article 1475. « Si les héritiers de la femme sont divisés, en sorte que l'un ait accepté la communauté à laquelle l'autre a renoncé, celui qui a accepté ne peut prendre que sa portion virile et héréditaire dans les biens qui échoient au lot de la femme. Le surplus reste au mari, qui demeure chargé, envers l'héritier renonçant, des droits que la femme aurait pu exercer en cas de renonciation, mais jusqu'à concurrence seulement de la portion virile héréditaire du renonçant. »

Dans l'ancienne jurisprudence, la décision portée par cet article était l'objet d'une controverse. Les auteurs du code ont adopté l'opinion de Pothier, qui s'exprime ainsi : « Les héritiers qui ont renoncé à la communauté n'ont pas renoncé à la *succession* de la femme; celui qui a accepté la communauté n'est toujours, nonobstant cette renonciation de ses cohéritiers, héritier de la femme que pour la part pour laquelle il l'était dans le principe; par conséquent, il n'est successeur aux droits de la femme que pour cette part; il ne peut donc succéder que pour cette part aux droits de la femme dans les biens de la communauté, de même qu'à tous les autres droits de la succession. La part des renonçants doit demeurer au mari, *jure non decrescendi,* par la même raison que la part de la femme serait demeurée en entier au mari, si la femme ou *tous* ses héritiers eussent renoncé à la communauté. Chaque héritier de la femme ne peut exercer plus de droits que leur auteur. La femme ne peut renoncer à la communauté qu'en laissant au mari ou à ses héritiers tout son droit dans les

biens communs ; chacun des héritiers ne peut renoncer qu'à la même charge. » *Traité de la communauté*, n° 578.

L'article 1475 est applicable aussi bien dans le cas où la femme survivante est morte avant l'acceptation, que dans celui où la communauté se dissout par le décès de la femme.

Si l'un des héritiers de la femme renonce à la *succession de celle-ci*, sa part accroît à ses cohéritiers, avec le droit de renoncer à la communauté ou de l'accepter.

2. DES FORMES ET DES EFFETS DU PARTAGE.

766. 1° Règle générale : Le partage de la communauté, pour tout ce qui concerne ses formes, la licitation des immeubles, quand il y a lieu, les effets du partage, la garantie qui en résulte, et les soultes, est soumis à toutes les règles qui sont établies au titre *des Successions* pour les partages entre cohéritiers (articles 1476 ; 883, 886, 1489). Le partage a un effet rétroactif (art. 883).

767. 2° De la rescision en matière de partage (art. 887-892). L'article 1476 renvoie au titre *des Successions* pour le partage, les effets du partage, etc. Il ne parle pas de la *rescision* en matière de partage. On s'est demandé si les articles 887-892 doivent être appliqués au partage de la communauté, c'est-à-dire s'il y a lieu à admettre l'action en rescision pour *lésion de plus du quart*. Presque tous les jurisconsultes l'admettent, dans l'ancien droit comme sous le code. (Pothier, n° 715 ; Odier, n° 522 ; Laurent, XXIII, n° 16.) Il y a identité de raisons. L'égalité est l'âme des partages. Il y a une raison particulière de plus. C'est que le plus souvent la communauté se dissout par la mort de l'un des conjoints, et le partage de la succession se fait en même temps et entre les mêmes personnes qui sont copartageantes de la communauté. Si l'on n'admettait pas l'action rescisoire pour lésion d'outre-quart dans le partage de la communauté, on obtiendrait l'étrange résultat, que le partage serait rescindé si l'un des héritiers de l'époux prédécédé avait été lésé de plus d'un quart par l'*autre* ou par les *autres*, mais que le partage de la communauté serait valable, quand même *tous* les héritiers du prédécédé auraient été lésés par le conjoint survivant.

De plus, l'action rescisoire est la sanction indirecte de l'obli-

gation de garantie. Or, le législateur renvoie au titre *des Successions* pour l'obligation de garantie. (Toullier, t. XV, n° 209; Paris, 4 mars 1874, D., 1875, 2, 19.)

768. On s'est demandé si, dans le cas où l'un des époux ou de ses héritiers a fait cession à un étranger de sa part de la communauté, le cessionnaire peut être écarté du partage par l'autre conjoint ou par le cohéritier du cédant, en vertu de l'article 841 du code? La jurisprudence et presque tous les auteurs se prononcent pour la négative, par le motif que le retrait successoral est une exception au droit commun, et que les termes mêmes de l'article 841 repoussent toute extension; il ne parle que de *cohéritiers*. (Odier, n° 523; Laurent, XXIII, n° 17.) Toutefois, cette opinion est très-contestable, car tous les motifs qui ont fait adopter l'article 841 du code civil s'appliquent avec la même force au partage de la communauté.

C. *De la liquidation des créances personnelles de l'un des époux contre l'autre* (art. 1478-1481).

769. L'un des époux peut être créancier personnel de l'autre, par suite d'une cause antérieure au mariage, ou par une cause arrivée pendant le mariage. (Voy. *suprà*, n° 685.) L'un des époux ne peut *poursuivre* le payement de ses créances contre l'autre qu'après le partage de la communauté (art. 1478). Ce payement se poursuit alors sur la part qui est échue à l'époux débiteur dans la communauté ou sur ses biens personnels. La liquidation de ces dettes n'a aucun caractère particulier. Les créances personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre ne portent intérêt que du jour de la demande en justice (art. 1479).

770. Les donations que l'un des époux a pu faire à l'autre ne s'exécutent que sur la part du donateur dans la communauté, et sur ses biens personnels (art. 1480). Cette disposition est conforme à l'ancienne jurisprudence. (Pothier, n° 679.) Si les donations s'exécutaient, non pas sur la part du donateur dans la communauté ou sur ses biens personnels, mais par prélèvement sur les biens de la communauté, elles se réduiraient à la moitié, puisque l'autre moitié serait payée par le conjoint donataire lui-

même. L'article 1480 s'applique aux donations faites *pendant* le mariage comme à celles faites *avant* le mariage.

II. DU PASSIF DE LA COMMUNAUTÉ ET DE LA CONTRIBUTION AUX DETTES (art. 1482-1491).

A. *De la formation du passif de la communauté.*

771. Les obligations énumérées aux nos 609-627 forment le passif de la communauté. Les frais de scellé, inventaire, vente de mobilier, liquidation, licitation et partage, font partie de ces dettes (art. 1482).

B. *Du partage du passif.*

772. Le principe est le même que celui sur le partage de l'actif. Chacun des époux supporte la moitié des dettes de la communauté (art. 1474). Les règles sur la manière dont les époux sont tenus du payement des dettes communes varient, selon que l'on envisage leur *position à l'égard des créanciers*, ou la *position de l'un des époux à l'égard de l'autre.* Il faut donc distinguer l'obligation de *payer* les dettes et l'obligation de *contribuer* aux dettes.

1. DE L'OBLIGATION AUX DETTES COMMUNES ENVERS LES CRÉANCIERS.

a. *De l'obligation du mari.*

773. Celui qui contracte une dette doit la payer, peu importe dans l'intérêt de *qui* il l'a contractée. Parce que le mari seul administre la communauté et en dispose, et contracte seul pour elle, il est tenu, *envers les créanciers*, de la totalité des dettes de la communauté par lui contractées (art. 1484). Le mari est plus que *mandataire*, il est *maître* de la communauté. Les créanciers peuvent aussi poursuivre le payement des dettes communes, sur les biens propres du mari. « *Quoniam* CUM VIRO CONTRACTUM EST, *nec creditoris jus mutatur hac divisione quæ fit a lege inter viduam et hæredes mariti,* » dit Faber, sur les *Instit.*, T. *De duobus reis* § *ult.* Ce principe était autrefois contesté par quelques jurisconsultes, par exemple, par Bacquet, dans son *Traité des droits de justice*,

qui pensaient que le mari n'était obligé pour la totalité des dettes que *pendant la durée de la communauté*, mais qu'après sa dissolution, il n'était plus tenu que de la *moitié* des dettes contractées. Pothier, n° 729, atteste que, de son temps, l'opinion contraire avait déjà prévalu et que cela ne faisait plus l'objet d'un doute.

774. L'article 1484 n'applique textuellement cette règle qu'aux *dettes contractées par le mari*. On s'est demandé si le mari n'est pas aussi *personnellement* tenu de la totalité des dettes contractées *par la femme avec son autorisation*, ou avec l'autorisation de la justice, dans les cas prévus par l'article 1427. Presque tous les jurisconsultes sont d'accord sur la solution affirmative, parce que ces dettes sont, en effet, des *dettes de la communauté* contractées pendant le mariage et parce que, sous le régime de la communauté, les dettes contractées par la femme avec l'autorisation de son mari doivent être considérées comme ayant été contractées par le mari lui-même (art. 1419). Dans les deux cas de l'article 1427, c'est-à-dire lorsque la femme s'est engagée pour tirer le mari de prison, ou pour l'établissement des enfants communs en l'absence du mari, l'autorisation de celui-ci est présumée (*suprà*, n° 655, 656). Les travaux préparatoires confirment cette opinion. Le Tribunat avait demandé la suppression des mots « *par lui contractées* » dans l'article 1484, parce qu'il y a des dettes qui sont à la charge de la communauté, et dont le mari est tenu pour la totalité, quoique le mari ne les ait pas contractées personnellement, par exemple, *celles qui auraient été contractées par la femme, marchande publique*, mots qui prouvent que l'on considérait le mari comme tenu de la totalité des dettes contractées par la femme et autorisées par lui. La suppression n'a pas eu lieu, sans doute parce qu'elle aurait pu faire croire que le mari serait aussi tenu de la totalité des dettes dont il sera question au numéro suivant. (Observations du Tribunat, n° 12, Locré, XIII, 254 ; Duranton, n° 493 ; Zachariæ, § 520, note 3 ; Pont et Rodière, n° 855 ; Colmet de Santerre, t. VI, n° 145 *bis*, V.)

Suivant Marcadé (art. 1486, n° 2, et M. Laurent, XXIII, nos 47, 48, 49 et 51), le mari n'est tenu que de la *moitié* de ces dettes, parce qu'elles procèdent du chef de la femme.

775. Il a été question, au numéro précédent, des dettes de la communauté *contractées par le mari* (art. 1484). L'article suivant

se rapporte aux dettes de la communauté provenant de la femme, appelées *dettes personnelles de la femme*. « Le mari n'est tenu que pour *moitié* des dettes personnelles à la femme et qui étaient tombées à la charge de la communauté » (art. 1485).

Les mots *dettes personnelles à la femme*, dans cet article, veulent dire : *dettes de la communauté* que le MARI *n'a pas contractées*, par antithèse aux dettes de la communauté que le mari a contractées (art. 1484).

Sous l'ancien droit, il y avait controverse sur la question de savoir si, après la dissolution de la communauté, le mari continuait d'être tenu de la totalité ou seulement de la moitié des dettes de la communauté, *qu'il n'avait pas lui-même contractées*, mais qui *procédaient du chef de la femme*, telles que les dettes qu'elle avait contractées avant son mariage, et celles des successions qui lui étaient échues durant la communauté. Pothier, n° 730, dit, qu'après la dissolution de la communauté, le mari ne doit plus demeurer débiteur envers les créanciers que de la moitié des dettes qu'il n'a pas lui-même contractées.

Dans le projet primitif du code, l'article 1485 exceptait de la règle de l'article 1484 (n° 774) seulement les *dettes de la succession échue à la femme qui sont tombées à la charge de la communauté*. La section du Tribunat proposait la rédaction suivante : « Il n'est tenu que pour moitié des dettes personnelles à la femme, « antérieures au mariage, et de celles des successions échues à « la femme, ou dépendantes de donations à elle faites, quoique « ces dettes fussent tombées à la charge de la communauté. » (Observations, n° 12, Locré, XIII, 254.) Cette rédaction explique clairement ce qu'il faut entendre à cet endroit par *dettes personnelles de la femme*. Le conseil d'État changea la rédaction primitive, en lui substituant l'article 1485 tel qu'il est actuellement. Il a adopté l'énonciation générique proposée par la section du Tribunat (*dettes personnelles*), sans faire l'énumération de ces dettes.

776. La règle du n° 775 ne porte pas atteinte à celle du n° 774. Ainsi, le mari serait tenu pour la *totalité* même des dettes contractées par la femme, s'il les avait *autorisées*. Or, comme les engagements contractés par la femme *sans l'autorisation* du mari ne lient pas du tout la communauté, on peut se demander, quelles

sont les dettes dont le mari ne sera tenu que pour *moitié ?* Ce sont : 1° les dettes de la femme *antérieures* au mariage et tombées à la charge de la communauté; 2° les dettes des successions et donations mobilières acceptées par la femme avec l'autorisation de justice et tombées dans la communauté. (Voy. *suprà*, n° 615.)

777. Pothier, n° 730, enseigne que, lorsque les biens de la femme sont insuffisants pour payer la moitié des dettes tombées en communauté, mais provenant de son chef (art. 1485), le mari est tenu au delà de la moitié et jusqu'à concurrence de la totalité. Cette doctrine paraît de prime abord inadmissible, en présence des termes généraux et absolus de l'article 1485. Cependant, elle est juste; car, s'il est vrai que la femme ne puisse pas opposer à ses *créanciers*, quand il s'agit de ses dettes *personnelles*, le *bénéfice d'émolument* de l'article 1483, elle peut l'opposer à son *mari*. Ce bénéfice peut être opposé *au mari* pour toutes les dettes tombées en communauté, sans distinction si la femme en est tenue vis-à-vis des créanciers pour la *totalité* ou pour la *moitié*. La femme peut donc agir contre son mari, et partant ses créanciers peuvent faire valoir le même droit, en vertu de l'article 1166.

b. *De l'obligation de la femme.*

778. Il faut distinguer la *femme débitrice personnelle* et la femme obligée simplement par *l'acceptation de la communauté*.

αα. DE LA FEMME DÉBITRICE PERSONNELLE.

779. Toutes les fois que la femme a légalement contracté une dette, elle est tenue de la payer, comme toute autre personne. La qualité de femme mariée ou de commune en biens ne change rien à sa position vis-à-vis de ses créanciers.

780. Conséquences de cette règle :

1° Si la femme s'est obligée personnellement et *conjointement* avec le mari à une dette de la communauté, elle ne peut être poursuivie que pour moitié (art. 1487, 1863). Le mari peut être poursuivi pour le tout. (Pothier, n° 729, et *suprà*, n° 774; Cass. fr., 21 fév. 1872, D., 1873, 1, 63.)

2° La femme qui s'est obligée *solidairement* avec son mari peut être poursuivie pour la totalité (art. 1487, 1200, 1203);

3° La femme peut être poursuivie pour la totalité *des dettes qui procèdent de son chef*, c'est-à-dire qu'elle a personnellement contractées; peu importe qu'elles soient tombées dans la communauté ou non (art. 1486). Cette règle s'applique à toutes les dettes existantes avant le mariage, la communauté n'ayant pas détruit son caractère de débitrice; à toutes les dettes qui grevaient les donations ou successions à elle échues durant la communauté (par l'acceptation des successions ou donations, la femme est devenue débitrice envers les créanciers); à toutes les dettes qu'elle a contractées seule et en son nom personnel pendant la communauté, quoique dans l'intérêt de la communauté et avec l'autorisation du mari ou de la justice, aussi aux dettes prévues par les articles 1426 et 1427.

La femme est tenue de ces obligations, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce. Elle y serait même tenue si le mariage était nul.

bb. DE LA FEMME OBLIGÉE COMME COMMUNE.

781. Il faut distinguer :

1° Elle n'a pas fait inventaire. Elle peut être poursuivie en payement de la *moitié* de toutes les dettes de la communauté, même de celles qu'elle n'a pas contractées elle-même (art. 1482, arg. art. 1487);

782. 2° Elle a fait inventaire. « La femme n'est tenue des dettes de la communauté, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers, » dit l'article 1483, « que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'il y ait eu bon et fidèle inventaire, et en rendant compte tant du contenu de cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage. »

Le bénéfice de cet article, appelé *bénéfice d'émolument*, a lieu *de plein droit*, quand même la femme n'aurait pas accepté la communauté avec cette réserve. L'ancienne jurisprudence avait depuis longtemps admis le bénéfice d'émolument comme un correctif de la puissance du mari sur les biens de la communauté. Dumoulin, sur l'article 252 de la coutume de Poitou, atteste que ce bénéfice avait été reçu même dans les coutumes qui ne permettaient pas à la femme de renoncer à la communauté, par exemple dans le ressort de l'ancienne coutume de Paris avant

1580 : « *quia maritus non potest onerare propria uxoris, ut semper judicatum est* ». L'article 228 de la nouvelle coutume de Paris et l'article 187 de la coutume réformée (en 1583) d'Orléans consacraient formellement ce droit, qui devint le droit commun de tous les pays où la coutume était muette sur ce point.

783. Les conditions du bénéfice d'émolument sont :

1° La femme doit faire bon et fidèle inventaire, dans les mêmes formes que la femme qui veut renoncer à la communauté, « *sans faute ni fraude* », dit la coutume de Paris. Si elle avait diverti ou recélé, elle serait déchue de ce bénéfice (art. 1460, 1483, 792). L'omission, même volontaire, de certains meubles ne fait pas perdre le bénéfice si elle est faite par erreur de droit et sans mauvaise foi. (Gand, 7 juill. 1877 et Cass. belge, 4 avril 1878, B. J., t. 35, 1096, et t. 36, 596 et la note; P., 1877, 361; 1878, 201.)

La loi ne fixe pas ici le délai pour faire inventaire; mais il doit être fait à une époque très-rapprochée de la dissolution de la communauté, autrement il n'offrirait pas de garantie aux créanciers. On applique les délais de trois mois (art. 1456, 794 et 795. (Odier, n° 550; Pont et Rodière, n° 850.) Il a été jugé que l'inventaire fait après la faillite par le syndic, conformément à l'article 479 du code de commerce, dispense la femme du failli qui, après la séparation de biens, a accepté la communauté, de l'inventaire prescrit par l'article 1483. (Paris, 21 mars 1867, D., 1868, 2, 149.)

2. Elle doit rendre compte du contenu de l'inventaire et de ce qui lui est échu par le partage; c'est-à-dire elle doit rendre compte aux créanciers non-seulement des biens compris dans l'inventaire, mais aussi des objets qui *n'y sont pas compris*, et *qui ont été réellement partagés*. La loi suppose donc que la femme a pu obtenir par le partage des choses qui n'ont pas été *comprises dans l'inventaire*. Alors, se demande-t-on, comment l'inventaire a-t-il pu être *bon* et *fidèle?* On peut appliquer ces mots aux immeubles, qu'anciennement on omettait presque toujours de comprendre dans l'inventaire et dont on se bornait à faire l'estimation lors du partage ou par un prisage conventionnel. (Pothier, n° 747; Toullier, n° 248; Odier, n° 551.) L'article 1483 sanctionne implicitement cet usage, qui est encore suivi dans beaucoup de

contrées. Mais ses termes indiquent aussi que la femme, pour être admise à ce bénéfice, ne peut rien retenir de ce qui lui est échu en partage; qu'elle ne peut donc opposer à ses créanciers ni l'inventaire seul, ni l'acte de partage seul; ainsi, par exemple, si des objets avaient été omis par erreur dans l'inventaire, ou si des créances inconnues avaient été découvertes après la confection de l'inventaire, la femme devrait aussi en rendre compte.

784. On entend par *émolument* la valeur de tout ce qui est tombé au lot de la femme et de tout ce dont elle s'est trouvée enrichie par suite du partage. Ainsi, en rendant compte, elle doit porter en recette les objets qui sont tombés dans son lot, même ce qu'elle recueille à titre de préciput, les fruits et revenus perçus des choses tombées dans son lot et les sommes dont elle était débitrice envers la communauté, et qui lui ont été précomptées sur sa part. Elle doit aussi porter en recette la dépréciation de ces objets arrivée par sa faute. Elle ne porte pas en recette les objets qu'elle a retirés de la masse à titre de reprise, ni les sommes qu'elle a prélevées comme créancière de la communauté. Les choses doivent être évaluées d'après leur valeur au jour du partage. Les dépréciations sont supportées par la femme, de même qu'elle profite de l'augmentation de valeur. Les créanciers ne sont pas tenus de s'en rapporter à l'estimation des objets faite dans l'inventaire; ils peuvent provoquer une nouvelle évaluation, qui doit être faite contradictoirement avec eux. La femme est liée par l'estimation faite dans l'inventaire, à moins qu'elle ne prouve que les choses ont subi une dépréciation depuis l'inventaire et *avant* le partage.

La femme peut porter en dépense : les frais d'inventaire, de partage et de liquidation de la communauté, les frais de son compte et les payements qu'elle a faits à d'autres créanciers.

785. De la nature du bénéfice d'émolument. — De droit, la femme est tenue de la *moitié* des dettes de la communauté. Elle peut donc *être poursuivie* en payement de la moitié, sauf alors à opposer l'*exception* résultant de l'article 1483, consistant à dire qu'elle a payé jusqu'à concurrence de son émolument. C'est à elle de prouver l'exception.

Le bénéfice d'émolument a de l'analogie avec le bénéfice d'inventaire (art. 793), mais il en diffère aussi en plusieurs points

essentiels. L'héritier bénéficiaire administre les biens de la succession pour les créanciers; il ne peut pas en disposer (art. 803, 796). Il ne s'opère pas de confusion entre les biens de la succession et son patrimoine propre; son patrimoine n'est pas grevé des dettes de la succession; tandis que la femme, après l'acceptation de la communauté, confond les biens de la communauté avec ses propres et peut en disposer; elle est tenue des dettes de la communauté comme de ses propres dettes, et les premières peuvent être poursuivies sur ses biens propres. Seulement, elle peut limiter les poursuites par l'exception résultant du bénéfice d'émolument; mais, dans *ces* limites, elle est tenue même sur ses biens *propres*. Il suit de là que la femme ne peut pas, comme l'héritier bénéficiaire, se décharger du payement des dettes, en abandonnant aux créanciers, purement et simplement, les biens de la communauté qui lui sont échus en partage. Car, par l'acceptation de la communauté, la femme est devenue *débitrice personnelle* de la moitié des dettes. Elle ne peut se décharger de cette obligation que sous la condition prescrite par l'article 1483, c'est-à-dire de rendre compte de l'émolument. (Toullier, nos 245 et suiv.; Odier, nos 556 et 557; Pothier, n° 737.)

786. Dans toutes les hypothèses, et alors même que la femme n'est tenue que de la moitié des dettes de la communauté, elle ne peut pas répéter *contre les créanciers* ce qu'elle a payé au delà de sa part, à moins que la quittance n'exprime que ce qu'elle a payé était pour sa moitié (art. 1488). (Pothier, n° 736.)

2. DE LA CONTRIBUTION DE CHACUN DES ÉPOUX AUX DETTES COMMUNES.

787. Chacun des époux doit payer la moitié des dettes de la communauté (art. 1482). Celui qui a payé au delà, ou qui, par l'effet de l'hypothèque exercée sur l'immeuble à lui échu en partage, se trouve poursuivi pour la totalité d'une dette de communauté, peut exercer la répétition de l'excédant contre son conjoint ou ses héritiers, sans distinction s'il était tenu ou non, envers les créanciers, de la totalité de la dette (art. 1484, 1486, 1488, 1489, 1490, alin. 2). Il peut exercer la répétition sur tous les biens personnels comme sur la part dans la communauté de l'autre époux.

788. La règle du numéro précédent souffre deux exceptions : 1° la femme peut opposer le bénéfice d'émolument au *mari* comme aux créanciers (art. 1483). Il a lieu aussi pour les dettes qui procèdent du chef de la femme. L'exercice de ce bénéfice contre le mari ou ses héritiers n'est pas absolument subordonné à la condition d'avoir fait un inventaire, condition indispensable vis-à-vis des créanciers. Un acte de partage fait avec le mari ou avec ses héritiers peut remplacer l'inventaire. Car l'acte de partage prouve, aussi bien que l'inventaire, ce que la femme a retiré de la communauté, et cette preuve ne peut pas être désavouée par le mari ou par ses héritiers, parce qu'ils y ont été parties. (Pothier, n° 745; Duranton, n° 489; Odier, n° 562); 2° si, par le partage, l'un ou l'autre des copartageants a été chargé de payer une quotité de dettes autre que la moitié, même de les acquitter entièrement (art. 1490), cette convention n'a aucune influence sur les droits des créanciers; elle est à leur égard *res inter tertios acta*. Si, par suite de ce règlement de dettes, l'un des époux avait été lésé de plus d'un quart, il pourrait intenter l'action en rescision du partage. (Voy. *suprà*, n° 767.)

789. La femme qui s'est obligée solidairement avec son mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée, *à l'égard de celui-ci*, s'être obligée que comme *caution*; elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée, pour la totalité, si elle a cautionné pour les affaires du mari; pour la moitié, ou pour tout ce qui excède son émolument, si l'obligation a eu pour objet une dette de la communauté (art. 1431).

SECTION VI.

DE LA RENONCIATION A LA COMMUNAUTÉ ET DE SES EFFETS.

---

790. 1. Effet général de la renonciation. — La femme *qui renonce* perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté, et même sur le mobilier qui y est entré de son chef (art. 1492). La renonciation a un effet rétroactif; le mari ou ses héritiers sont censés avoir toujours été et demeurent seuls propriétaires des

biens de la communauté ; la femme perd aussi les immeubles qui y sont entrés de son chef par suite d'une clause d'*ameublissement*, ainsi que le préciput qu'elle s'est stipulé (art. 1505 et suiv., 1515). Mais aussi elle est déchargée de toute contribution aux dettes de la communauté envers son mari et envers ses créanciers. A l'égard de ces derniers, elle reste seulement tenue de celles qu'elle a *personnellement* contractées. (Voy. *suprà*, nos 779-780.) La liquidation de la communauté se borne donc aux *reprises*, *biens*, *droits* et *obligations personnelles* de la femme.

791. 2. Des reprises de la femme. — La femme renonçante peut reprendre :

a. Les immeubles à elle appartenant, lorsqu'ils existent en nature, ou l'immeuble qui a été acquis en remploi, ainsi que le prix de ses immeubles aliénés, dont le remploi n'a pas été fait et accepté comme il est dit ci-dessus, aux nos 585-593; enfin, toutes les indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté (art. 1493).

b. Elle a droit à la nourriture et à l'habitation pendant trois mois et quarante jours, ainsi qu'au deuil (n° 746);

c. Elle retire les linges et hardes à son usage, c'est-à-dire toute sa garde-robe (art. 1492, alin. 2). Les pierreries, diamants et joyaux n'y sont pas compris, pas même ceux qu'elle possédait avant le mariage ou qui lui ont été donnés comme cadeaux de noce. (Pothier, n° 569.)

Les droits mentionnés sous les lettres *b* et *c* sont purement personnels à la femme *survivante*, et n'appartiennent pas aux héritiers de la femme en cas de prédécès de celle-ci (art. 1495, alin. 2).

792. 3. Des dettes de la femme. — La femme renonçante est déchargée de toute contribution aux dettes de la communauté, tant à l'égard du mari qu'à l'égard des créanciers (art. 1494).

Néanmoins elle reste soumise :

a. Aux dettes qu'elle avait personnellement envers son mari (art. 1478, 1479);

b. Aux dettes personnelles qu'elle a envers la communauté, telles que récompenses ou indemnités;

c. Aux dettes de la communauté auxquelles elle s'est personnellement obligée envers les créanciers, ou provenant originai-

rement de son chef, mais sauf son recours contre le mari ou ses héritiers (art. 1494).

793. 4. De la manière dont la femme peut poursuivre ses droits (art. 1495). Par la renonciation de la femme, les biens de la communauté sont devenus la propriété du mari et sont affectés à la garantie de ses dettes envers sa femme, comme tous ses autres biens, et comme envers toutes les autres personnes. Les intérêts des dettes de la femme, comme ceux de ses créances *envers la communauté*, sont dus de plein droit depuis le jour de la dissolution de la communauté. L'article 1473 est applicable au cas de renonciation comme au cas d'acceptation de la communauté. Mais la femme ne peut pas choisir les meubles ou immeubles sur lesquels elle veut exercer ses reprises, conformément à l'article 1471 ; car elle n'est plus copropriétaire des objets de la communauté, et le choix accordé par cet article est motivé parce qu'elle est déjà propriétaire pour moitié des immeubles qu'elle choisit pour se couvrir des reprises. La femme, en cas de renonciation, n'est qu'un créancier ordinaire qui ne peut pas s'attribuer en nature les biens de son débiteur.

DEUXIÈME PARTIE.

DE LA COMMUNAUTÉ CONVENTIONNELLE ET DES CONVENTIONS QUI PEUVENT MODIFIER OU MÊME EXCLURE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE. (Art. 1497-1528.)

INTRODUCTION.

794. La deuxième partie du second chapitre traite non-seulement des différentes communautés conventionnelles, mais aussi de deux régimes qui excluent toute communauté, c'est-à-dire du régime appelé *sans communauté* et de la *séparation* de biens.

En traitant de plusieurs modifications de la communauté légale, les auteurs du code n'ont pas voulu prévoir et régler toutes les combinaisons possibles, et moins encore restreindre la liberté de contracter et limiter à ces dispositions les stipulations qui peuvent être arrêtées dans le contrat de mariage. Le tableau des régimes dont il s'agira ci-après n'entrait donc pas essentiel-

lement et nécessairement dans le plan du code; le législateur aurait pu se borner à laisser agir la liberté des conventions sans autres limites que celles tracées par les articles 1388-1390, liberté dont il proclame le principe dans les articles 1387 et 1527 (*suprà*, nos 499-507). Mais il a pensé qu'il était utile de s'occuper spécialement de certaines modifications, surtout de celles qui étaient le plus usitées et le plus dans les habitudes de quelques parties de la population (art. 1497, 1527, 1581). (Berlier, Exposé de motifs, n° 28; Duveyrier, rapport au Tribunat, n° 44, Locré, XIII, 290, 369.)

795. Parmi les régimes appelés *communautés conventionnelles*, on peut distinguer :

A. Les régimes qui changent la *composition* active ou passive de la communauté, et parmi ceux-là on distingue :

I. Les clauses qui restreignent la communauté légale. Ce sont : 1° la communauté réduite aux acquêts ; 2° la clause qui exclut de la communauté le mobilier en tout ou en partie; 3° la clause de séparation des dettes (sections 1, 2 et 4).

II. Les clauses qui étendent la communauté légale. Ce sont : 1° la clause d'ameublissement; 2° la communauté universelle ou à titre universel (sections 3 et 8).

B. Les régimes qui, sans changer la *composition même* de la communauté légale, apportent des modifications aux droits que les époux peuvent exercer *lors de la dissolution* de la communauté. Ce sont : 1° la clause qui accorde à la femme la faculté de reprendre son apport franc et quitte; 2° le préciput conventionnel, et 3° la clause portant que les époux auront des parts inégales dans la communauté (sections 5, 6, 7).

SECTION PREMIÈRE.

DE LA COMMUNAUTÉ RÉDUITE AUX ACQUÊTS (art. 1498, 1499).

I. NOTION ET ORIGINE.

796. La communauté d'acquêts était, sous le nom de *société d'acquêts*, une institution propre aux provinces de droit écrit,

particulièrement en usage dans le ressort du Parlement de Bordeaux. (Odier, n° 681.) Elle avait pour but de tempérer la rigueur du système dotal, par lequel la femme était exclue de toute participation aux acquêts faits pendant le mariage (art. 1581). (Voy. *suprà*, n° 486.)

797. Pour la stipuler, il n'est pas nécessaire que les parties se servent des termes sacramentels employés par la loi; elle s'établit valablement par toute convention qui démontre suffisamment l'intention des contractants. Ainsi, ce régime est établi lorsque les époux ont déclaré exclure de la communauté tout leur mobilier présent et futur. Il n'est pas nécessaire de s'exprimer restrictivement et de dire que les époux *ne* forment qu'une communauté *d'acquêts*.

II. DE LA COMPOSITION ET DE L'ADMINISTRATION DE LA COMMUNAUTÉ D'ACQUÊTS.

798. Cette communauté se compose *activement* de ce que les époux ensemble, ou l'un d'eux séparément, acquièrent *pendant le mariage à titre onéreux*, et de ce qu'ils gagnent par leur industrie, ainsi que de ce qui advient à l'un des époux en considération de sa capacité ou en récompense des services qu'il a rendus. Elle comprend aussi les économies faites sur les fruits et revenus des biens des deux époux. Elle ne comprend donc pas le *mobilier futur*, c'est-à-dire ce qui échoit par succession ou donation, ni les purs gains de fortune, par exemple le trésor. Elle ne comprend pas non plus le mobilier présent, que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage. De là il suit que la communauté doit récompense des frais de labour et d'ensemencement des fruits pendants, au moment de la célébration, sur un immeuble appartenant à l'un des époux. Car ces frais font partie de ses biens mobiliers.

Les meubles qui ont été livrés au mari avec estimation, de même que ceux qui se consomment par l'usage ou qui sont destinés à la vente, *appartiennent* aussi en propriété à la communauté, et l'époux qui les a apportés a, de ce chef, une créance contre la communauté pour le montant de la valeur.

799. En ce qui concerne la composition *passive*, il faut suivre

le principe que le passif doit être corrélatif à l'actif. Ainsi, la communauté est chargée de toutes les dettes qui grèvent les acquêts, de celles qui sont charges de la jouissance des propres, des dettes résultant des charges du mariage, telles que l'entretien des époux, l'éducation des enfants, etc.; des arrérages et intérêts de toutes les dettes personnelles aux époux (art. 1409, nos 3, 4, 5). Mais la communauté ne comprend pas les dettes présentes et *futures* des époux. Par dettes *futures* il faut entendre celles qui grèvent les successions ou donations qui échoient aux époux. Les créanciers personnels du mari peuvent poursuivre le payement de leurs créances sur le patrimoine du mari et sur les biens communs. Il en est de même des créanciers de la communauté. Les uns et les autres peuvent poursuivre leurs créances aussi sur le mobilier personnel de la femme, lorsque sa consistance n'est pas établie conformément à la loi.

800. Comme sous le régime de la communauté légale, le mari est administrateur des biens de la communauté d'acquêts, ainsi que des biens personnels de la femme (art. 1421, 1422, 1428).

III. DE LA DISSOLUTION ET DU PARTAGE DE LA COMMUNAUTÉ.

801. La communauté d'acquets se dissout comme la communauté légale. La femme peut demander la séparation de biens. Après la dissolution, la femme ou ses héritiers ont l'option d'accepter la communauté ou d'y renoncer. En cas de renonciation de la femme, *tous les acquêts* appartiennent au mari, même ceux qui proviennent du chef de la femme, de ses économies ou de son travail.

Si la femme accepte la communauté, elle partage tous les acquêts avec le mari ou ses héritiers (art. 1498, alin. 2), et elle est tenue de la moitié des dettes; mais elle a le bénéfice d'émolument. Avant le partage, chaque époux (et la femme aussi en cas de renonciation, art. 1493) prélève sur la masse des biens ses apports dûment justifiés, tant mobiliers qu'immobiliers, et ses indemnités. Quant au mobilier qui est tombé dans la communauté à cause de sa nature, chaque époux prélève une *créance équivalente*. Le mari, en qualité d'administrateur, est responsable du mobilier de sa femme.

IV. COMMENT LES APPORTS SE CONSTATENT (art. 1499).

802. *Tous les biens* qui se trouvent entre les mains des époux au moment de la dissolution de la communauté sont *réputés acquêts*, donc *communs*, tant que le contraire n'a pas été prouvé (art. 1402, 1499). Quant à la manière de faire la preuve contraire, il faut distinguer :

1° Il s'agit *d'immeubles*. On applique la règle de l'article 1402. (Voy. *suprà*, n° 562.) L'article 1404 alin. 2 ne s'applique pas à la communauté d'acquêts. (Bordeaux, 24 août 1869, D., 1871, 2, 22.)

2° Il s'agit de *meubles*. En règle : pour que la présomption d'acquêt vienne à cesser, il faut qu'il soit constaté, par *inventaire* ou *état en bonne forme*, auquel des deux époux le mobilier a appartenu *avant* le mariage ou est échu *pendant* le mariage (art. 1499). La disposition du code est neuve. Sous l'ancien droit, cette preuve pouvait s'établir par tous les moyens de droit, par titres ou par témoins. L'article 1499 fait naître quelques difficultés. Il faut distinguer :

803. *A*. Il s'agit de faire la preuve *vis-à-vis des créanciers* du mari ou de la communauté. La preuve de la provenance du mobilier du *mari* est sans importance, puisqu'il est tenu sur tous ses biens, tant sur ses propres que sur les biens de la communauté.

Quant au mobilier de la *femme*, il est *réputé acquêt*, à moins que le contraire ne soit prouvé par un *acte ayant date certaine*, peu importe qu'il soit authentique ou sous seing privé. Il n'est pas nécessaire que l'inventaire ou l'état en bonne forme ait été dressé *ad hoc*, pour constater la provenance du mobilier; un inventaire ou acte de partage dressé au décès de celui à la succession duquel la femme est appelée, suffit à cet effet. A défaut de cet acte, le mobilier de la femme peut être saisi comme effet de la communauté. (Laurent, XXIII, n° 188; Lyon, 13 mars 1867, D., 1867, 2, 214; Dijon, 14 août 1872, D., 1873, 2, 166; Cass. fr., 16 janvier 1877, D., 1878, 1, 265 et la note. *Contrà*, Poitiers, 16 décembre 1868, D., 1869, 2, 203.) Dans ce cas, le mari ou la communauté doit indemnité ou récompense à la femme, pourvu que la consistance du mobilier soit suffisamment établie

à l'*égard du mari* (Jugement du tribunal d'Anvers, 13 juillet 1867, B. J., t. 26, 205).

Quant aux *créanciers personnels* de la femme, ils peuvent poursuivre le payement de leurs créances sur tous les biens de la communauté, lorsque le mobilier que la femme a apporté en mariage, ou qui lui est échu depuis, a été, par suite du défaut d'inventaire, confondu dans la communauté (arg. art. 1510, alin. 2 et 3). (Zachariæ, § 522.)

804. *B.* Il s'agit du rapport *des époux entre eux* :

1° Quant au mobilier que l'un ou l'autre époux a possédé ou prétend avoir possédé *avant* le mariage, le mari et la femme doivent être placés sur la même ligne. L'un et l'autre n'ont qu'à imputer à eux-mêmes leur négligence. En faisant leurs conventions matrimoniales, les époux, la femme aussi bien que le mari, parce qu'elle était maîtresse de ses droits, pouvaient faire l'état ou inventaire de leurs biens, et le mari n'est *pas encore* administrateur des biens de la femme. Faute de ce faire, les époux sont censés avoir acquiescé à la présomption de la loi. L'*état* ou *inventaire* ne doit pas être authentique, mais il faut qu'il ait date certaine, antérieure au mariage. Anciennement, en **Belgique**, il pouvait être fait *après* le mariage. (Gand, 14 décembre 1867, B. J., t. 26, p. 470.) Autrement les époux pourraient trop facilement éluder les articles 1394 et 1395. (*Suprà*, nos 515-519; Paris 21 juillet 1871, D., 1871, 2, 231.) Toutefois, la question est controversée. Il a été jugé aussi que l'article 1499 n'est pas applicable aux époux, et que la preuve de l'apport du mobilier lors du mariage peut être administrée par tous moyens dont l'appréciation souveraine appartient aux tribunaux. (Agen, 2 juillet 1869, D., 1870, 2, 185; Cass. fr., 30 juillet 1872, D., 1873, 1, 241; 14 mars 1877, D., 1877, 1, 353; 16 janvier 1877, D., 1878, 1, 265; Brux., 9 nov. 1870, P., 1871, 172.)

805. 2° Quant au mobilier échu à l'un ou à l'autre époux *pendant* le mariage, il faut distinguer :

a. Il s'agit du mobilier *échu au mari.* L'article 1499 doit être appliqué dans toute sa rigueur.

b. Le mobilier *est échu à la femme.* Le mari, administrateur des biens de sa femme, est chargé de veiller à ses intérêts. C'est à lui qu'incombe l'obligation de faire l'inventaire. S'il ne le fait pas, la

femme ne peut en pâtir. Elle doit donc être admise à réparer cette omission par tous les moyens de droit. Elle peut prouver tant le fait de la *provenance* que la *consistance* de ce mobilier par tous les moyens de droit, même par témoins et par commune renommée. Ses héritiers ont le même droit. (Arg. art. 1414, 1415, 1504, et *suprà*, nos 380 et 621 ; Odier, no 690 ; Colmet de Santerre, t. 6, no 162 *bis*, III-VI.)

SECTION II.

DE LA CLAUSE QUI EXCLUT DE LA COMMUNAUTÉ LE MOBILIER EN TOUT OU EN PARTIE (art. 1500-1504).

I. NOTION.

806. Les époux peuvent exclure de la communauté leur mobilier en tout ou partie (art. 1500, alin. 1). Sous l'ancien droit, on appelait cette clause *stipulation de propres*, ou clause de *réalisation* ou d'*immobilisation*, parce que, en excluant les meubles de la communauté, on les assimilait aux immeubles propres aux époux. On appelait les meubles réalisés *propres fictifs*, ou aussi propres *conventionnels*, par opposition aux propres *réels* ou *immobiliers*.

La clause de réalisation peut être *expresse* ou *tacite*.

II. DES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE CLAUSES DE RÉALISATION ET DE LEURS EFFETS.

A. *De la réalisation expresse, ou proprement dite.*

807. Il y a réalisation expresse lorsque les époux ont déclaré dans le contrat de mariage qu'ils excluent de la communauté leur mobilier (art. 1500, alin. 1). Cette clause peut avoir pour objet ou l'universalité ou une quote-part, ou quelques-uns des effets mobiliers *présents et futurs*, ou seulement de leur mobilier *présent*, ou seulement de leur mobilier *futur*. La réalisation peut

être inégalement stipulée par les deux époux ; elle peut ne l'être que par un seul.

808. La clause de réalisation est de stricte interprétation parce qu'elle est dérogatoire au droit commun (art. 1528). Ainsi, le mobilier *présent* ne comprend pas le mobilier *futur ;* le mobilier *futur* ne comprend pas le mobilier *présent ;* le mobilier provenant de *successions* ne comprend pas celui qui proviendra de legs ou de donations ; la simple réalisation du *mobilier* ne comprend que le *mobilier présent.* La réalisation de tout le mobilier présent et futur équivaut à une stipulation de communauté d'acquêts (n° 797).

809. Quant aux *dettes* qui grèvent les époux, il faut distinguer.

Si les époux ont réalisé une quote-part, par exemple un tiers, la moitié *du mobilier,* les dettes sont exclues de la communauté, en proportion du mobilier réalisé (arg. art. 1414). Si la réalisation a pour objet quelques-uns des meubles *individuellement désignés,* ces choses demeurent la propriété exclusive de l'époux auquel elles appartiennent, et toutes les dettes tombent néanmoins dans la communauté (arg. art. 1511).

810. Les meubles exclus de la communauté demeurent la *propriété* de l'époux qui les a exclus. Si ce sont des choses fongibles, ou destinées à la vente ou livrées avec estimation, elles deviennent la propriété de la communauté, et l'époux a contre celle-ci une action en reprise jusqu'à concurrence de la valeur.

B. *De la réalisation tacite.*

811. La réalisation tacite peut se faire de deux manières : 1° par la clause d'emploi ; 2° par la clause d'apport.

1. DE LA CLAUSE D'EMPLOI.

812. La *clause d'emploi* est celle par laquelle les époux stipulent qu'une certaine somme appartenant à l'un d'eux ou prise sur son mobilier sera *employée* à son profit en acquisition d'immeubles. Est assimilée à la clause d'emploi, la donation faite à l'un des conjoints sous la condition que la somme donnée sera employée en immeubles. La somme dont l'emploi a été stipulé, ou qui a été donnée sous cette condition, demeure propre à l'époux au profit duquel la stipulation a été faite, soit

qu'elle ait été réellement payée au mari ou versée dans la communauté, soit qu'elle soit restée créance de l'époux. Les règles sur l'emploi sont les mêmes que celles sur le remploi dans la communauté légale.

813. Si l'emploi a été fait, l'époux en faveur duquel il était stipulé est propriétaire de l'immeuble, et il le prélève à la dissolution de la communauté. Si l'emploi n'a pas été fait, l'époux pour lequel il a été stipulé prélève la somme à la dissolution de la communauté (art. 1471, 1472).

2. DE LA CLAUSE D'APPORT.

814. Les époux peuvent stipuler qu'ils mettront dans la communauté tout leur mobilier, ou des effets mobiliers jusqu'à concurrence d'une somme ou d'une valeur déterminée, ou une certaine somme d'argent, ou certains objets mobiliers déterminés. Une semblable clause, appelée *clause d'apport*, produit un *double* effet.

815. 1° Elle rend l'époux *débiteur*, envers la communauté, de la somme qu'il a promis d'y mettre, et l'oblige à justifier de cet apport (art. 1501). Il s'ensuit que la femme ne peut pas s'en affranchir en renonçant à la communauté.

L'apport est suffisamment justifié, quant au mari, par la déclaration portée au contrat de mariage que son mobilier est de telle valeur. Car le mari ne peut pas se donner quittance à lui-même.

L'apport est suffisamment justifié, à l'égard de la femme, par la quittance que le mari lui donne, ou à ceux qui l'ont dotée (article 1502). Cette disposition n'est pas limitative; d'autres moyens de preuve sont admissibles. Ainsi les époux peuvent convenir, dans le contrat de mariage, que le fait même de la célébration vaudra pour la femme quittance de son apport (voy. conf. Brux., 28 juillet 1868, B. J., t. 26, 1332 et la note), sauf aux héritiers du mari à prouver le contraire par toutes voies de droit.

On doit imputer sur l'apport : *a*. le mobilier que les époux ont possédé au jour du mariage; mais il faut en déduire le montant des dettes que les époux ont eues avant le mariage et qui ont été acquittées par la communauté; il faut déduire aussi la valeur des objets dont les époux ont été évincés; *b*. les revenus et pensions que les parents de l'un des époux ont fournis en vertu du contrat

de mariage; *c.* les créances actives des époux qui ont été remboursées durant la communauté.

816. 2° L'autre effet de la clause d'apport est de rendre *propre* tout le mobilier ou toute la valeur du mobilier que les époux n'ont pas promis de mettre en communauté; par cela seul qu'ils ont *déterminé* leurs apports, ils sont censés s'être réservé le surplus. (Cass. fr., 21 mars 1859, D., 1859, 1, 225.)

Ainsi chaque époux a le droit de reprendre et de prélever, lors de la dissolution de la communauté, la valeur de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors du mariage, ou qui lui est échu depuis, excédait sa mise en communauté (art. 1503).

La propriété du mobilier apporté par chacun des époux en mariage ou qui lui est échu pendant le mariage doit être constatée conformément aux règles exposées, *suprà,* aux n°s 802-805.

SECTION III.

DE LA CLAUSE D'AMEUBLISSEMENT (art. 1505-1509).

I. NOTION ET DIVISION.

817. Lorsque les époux ou l'un d'eux font entrer en communauté tout ou partie de leurs immeubles présents ou futurs, cette clause s'appelle *ameublissement* (art. 1505).

Cette clause est l'inverse de la clause de *réalisation;* celle-ci est restrictive de la communauté légale, en en excluant les meubles, l'ameublissement est extensif de la communauté, puisqu'il y fait tomber les immeubles exclus par la loi, et les assimile par cela même aux meubles; de là le nom d'*ameublissement.*

Cette clause était anciennement d'un usage assez fréquent. Elle offrait le moyen d'égaliser les mises en communauté lorsque l'un des époux avait une fortune mobilière, tandis que l'autre ne possédait que des immeubles. Sous l'ancien droit pas plus qu'aujourd'hui, elle n'était considérée comme une donation ni pour le fond ni pour la forme.

La clause par laquelle l'un des époux promet d'apporter à la communauté une certaine somme à prendre sur ses biens meu-

bles ou immeubles ne renferme pas ameublissement, mais c'est une simple clause d'apport, qui constitue cet époux débiteur de la somme promise.

Les règles d'interprétation restrictive sur la clause de réalisation s'appliquent aussi à la clause d'ameublissement. (Voy. nº 808.)

818. D'après le code, l'ameublissement peut être *déterminé* ou *indéterminé*. Il est déterminé quand l'époux a déclaré ameublir et mettre en communauté un tel immeuble en tout, ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Il est indéterminé quand l'époux a simplement déclaré apporter en communauté ses immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme (art. 1506).

Le code a pris une autre base de la distinction que Pothier, qui divise doublement : d'abord en ameublissement *général*, qui comprend une universalité d'immeubles, par exemple tous les immeubles présents ou à venir, ou une quote-part, par exemple la moitié de tous les immeubles; et en ameublissement *particulier*, qui comprend quelques immeubles particuliers, ou tous les immeubles individuellement désignés. L'un et l'autre peuvent être *déterminés*, quand l'apport est absolu, sans restriction, à une certaine somme; ou *indéterminés*, lorsque les immeubles ne sont mis dans la communauté que jusqu'à concurrence d'une certaine somme. (*Tr. de la comm.*, nºs 304, 305.)

Le code appelle l'ameublissement *déterminé* lorsque l'immeuble ameubli est *désigné*, peu importe qu'il soit ameubli pour la totalité, ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme; il l'appelle *indéterminé* lorsque les immeubles ameublis ne sont pas désignés individuellement.

II. DES EFFETS DE L'AMEUBLISSEMENT.

A. *De l'ameublissement déterminé.*

819. Ce terme est pris dans le sens du code. Il faut distinguer deux cas.

1° L'immeuble a été ameubli pour la totalité. Il est bien de la communauté, non comme les *meubles mêmes* (art. 1507), mais comme un acquêt immobilier de la communauté. Ainsi, le mari peut en disposer, excepté à titre gratuit (art. 1421, 1422); l'im-

meuble est aux risques et périls de la communauté; il fait partie de la masse partageable à la dissolution de la communauté (art. 1507, alin. 1 et 2). La femme renonçante ne peut pas le reprendre, sauf stipulation expresse.

820. L'ameublissement particulier donne lieu à garantie, car cette clause constitue une *dette* envers la communauté (arg. art. 1501, 1547, 1440).

La clause d'ameublissement est sans influence sur les dettes de l'époux qui la promet, à l'exception des dettes relatives aux immeubles ameublis mêmes (arg. art. 1409, n° 1); elles tombent dans la communauté.

821. 2° L'immeuble a été ameubli pour une certaine somme. Alors il y a copropriété indivise entre l'époux qui a consenti l'ameublissement et la communauté. De là il suit que si l'immeuble ameubli appartient à la femme, le mari ne peut l'*aliéner* qu'avec le consentement de la femme; mais il peut l'hypothéquer sans son consentement, jusqu'à concurrence seulement de la portion ameublie (art. 1507, alin. 3).

Le code attache à l'ameublissement déterminé jusqu'à concurrence d'une certaine somme les mêmes effets qu'à l'ameublissement indéterminé.

B. *De l'ameublissement indéterminé.*

822. L'époux qui a fait l'ameublissement n'est pas débiteur de la *somme*; mais des *immeubles* qui en font l'objet. La perte des immeubles le libère. Si la valeur en est inférieure à la somme promise, l'époux ne doit pas suppléer sur ses autres biens. L'époux qui a ameubli tous ses immeubles, ou une quote-part de tous ses immeubles, ou plusieurs immeubles désignés d'une manière collective (par exemple, tous ceux situés dans tel arrondissement), ne doit pas la garantie contre l'éviction d'un ou de plusieurs de ces immeubles. Le prix d'aliénation des immeubles, qui excède la somme pour laquelle ils ont été ameublis, appartient en propre à l'époux qui a consenti l'ameublissement. Il le prélève à la dissolution de la communauté.

823. L'ameublissement indéterminé ne rend point la communauté propriétaire des immeubles qui en sont frappés; son effet

se réduit à obliger l'époux qui l'a consenti à comprendre dans la masse, lors de la dissolution de la communauté, quelques-uns de ses immeubles jusqu'à concurrence de la somme par lui promise.

De même que, dans le cas du n° 821, le mari ne peut aliéner en tout ou en partie, sans le consentement de sa femme, les immeubles sur lesquels est établi l'ameublissement indéterminé ; mais il peut les *hypothéquer* jusqu'à concurrence de cet ameublissement (art. 1508). Car il y a entre l'époux qui a ameubli et la communauté une copropriété indivise.

C. *Effets communs aux deux espèces d'ameublissement.*

824. L'époux qui a ameubli un héritage a, lors du partage, la faculté de le retenir en le précomptant sur sa part pour le prix *qu'il vaut alors;* et ses héritiers ont le même droit (art. 1509). Cette disposition est un écho de l'ancien droit qui tendait toujours à conserver les immeubles dans la famille d'où ils provenaient.

Les immeubles ameublis par la femme et retenus en vertu de la règle qui précède restent soumis aux hypothèques dont le mari les a grevés pendant la durée de la communauté, pourvu qu'elles n'excèdent pas la somme jusqu'à concurrence de laquelle l'ameublissement a eu lieu.

SECTION IV.

DE LA CLAUSE DE SÉPARATION DES DETTES (art. 1510-1513).

I. NOTION ET OBJET.

825. Les époux peuvent stipuler que leurs dettes personnelles seront exclues de la communauté et qu'ils les payeront séparément. Cette clause peut être stipulée par l'un des époux ou par tous les deux. Elle peut être *expresse* ou *tacite*. Elle est tacite lorsque les époux apportent dans la communauté une somme certaine ou un corps certain ; un tel apport emporte la convention tacite qu'il n'est point grevé de dettes antérieures au mariage (art. 1511).

S'il y a clause de séparation de dettes, il y a communauté pour

tous les biens *actifs* des époux, et cette communauté est régie par les règles sur la communauté légale.

826. La simple clause de séparation de dettes n'a pour objet que les dettes *personnelles* aux époux, c'est-à-dire les dettes *antérieures à la célébration du mariage*, et non les dettes *futures*, c'est-à-dire celles des successions ou donations à échoir. L'exclusion de la communauté des dettes futures ne peut résulter que d'une clause spéciale à cet égard, ou bien elle peut résulter virtuellement de la clause qui exclurait de la communauté le mobilier des successions et donations futures. Il faut entendre par dettes *antérieures au mariage* celles dont la *cause* est antérieure à la célébration, quand même la dette n'aurait été fixée ou liquidée qu'après la célébration; par exemple sont antérieures au mariage les dettes conditionnelles, dont la condition s'est accomplie pendant le mariage; les réparations civiles encourues *avant*, mais prononcées *après* la célébration; les dettes d'une succession ou donation échue avant, mais acceptée pendant le mariage. (Odier, n° 766.) Sur ce dernier point, Duranton, n° 92 et Zachariæ, § 526, sont d'un autre avis; ils considèrent ces dettes comme devant tomber dans la communauté à cause de l'intention présumée des parties.

827. La clause de séparation des dettes comprend aussi les dettes dont l'un des conjoints est débiteur envers l'autre; mais il faut les considérer sous le double point de vue de la dette et de la créance. La *dette* ne tombe pas dans la communauté; elle reste à la charge de l'époux débiteur. Mais, comme, nonobstant la séparation des dettes, tout l'actif mobilier des deux époux tombe en communauté, *la créance* que l'un des conjoints a contre l'autre tombera dans la communauté. Elle appartient donc par moitié à l'époux débiteur; il s'opérera donc confusion pour cette moitié. De là les conséquences suivantes : si la femme est débitrice envers son mari et qu'elle renonce à la communauté, elle doit payer *toute* sa dette; si elle l'accepte, la confusion s'opère pour la moitié de sa dette. Si le mari est débiteur envers sa femme et que celle-ci renonce à la communauté, il est libéré par suite de la confusion qui s'opère entre la créance et toute la dette ; si la femme accepte, la confusion n'a lieu que pour moitié, et le mari doit payer l'autre moitié de sa dette.

828. La clause de séparation des dettes n'empêche point que la communauté soit chargée des intérêts et arrérages qui ont couru *depuis* le mariage (art. 1512). Le code a adopté sur ce point, autrefois controversé, l'opinion de Lebrun, conforme à la jurisprudence. Les intérêts et arrérages des dettes des époux sont le corrélatif des fruits et revenus de leurs propres. D'ailleurs, si la communauté n'était pas chargée de ces intérêts, les époux devraient les prendre sur le capital.

Il en est donc autrement que dans la *clause d'apport*, par laquelle l'époux promet que son apport n'*est pas grevé* de dettes. Par la clause de séparation de dettes, l'époux ne déclare pas qu'il n'*a pas de dettes,* mais il déclare seulement qu'il les supportera personnellement.

Les intérêts et arrérages échus *avant* le mariage sont exclus de la communauté; ils font partie du *capital* des dettes que l'époux doit payer séparément.

II. EFFETS DE LA CLAUSE DE SÉPARATION DES DETTES.

A. *Entre les époux.*

829. Chacun des époux devant personnellement supporter ses dettes, ils sont tenus à se faire, lors de la dissolution de la communauté, respectivement raison des dettes qui sont *justifiées avoir été acquittées par la communauté* à la décharge de celui des époux qui en était débiteur, sans distinction si les apports ont été égaux ou non, et s'il y a eu inventaire ou non (art. 1510, alin. 1 et 2).

Si *l'existence* d'une dette *avant* le mariage et son *extinction par payement pendant* le mariage ont été prouvées, il n'y a pas présomption légale qu'elle a été acquittée des deniers de la communauté; le seul fait de *l'extinction* de la dette n'en fait pas encore présumer l'extinction moyennant *payement*.

La femme qui renonce à la communauté ne peut pas s'affranchir de l'obligation d'indemniser la communauté des dettes qu'elle a payées à sa décharge.

B. *A l'égard des créanciers.*

1. DES CRÉANCIERS DE LA FEMME.

830. Il faut distinguer deux cas :

1° Le mobilier apporté par les époux n'a pas été constaté par un inventaire ou état authentique antérieur au mariage. Les créanciers de la femme peuvent, sans avoir égard à aucune des distinctions qui seraient réclamées, poursuivre leur payement sur le mobilier non inventorié, comme sur tous les autres biens de la communauté. Ils ont le même droit sur le mobilier qui serait échu aux époux pendant la communauté, s'il n'a pas été pareillement constaté par inventaire ou état authentique (art. 1510, alin. 2). Car le mobilier de la femme se trouve confondu dans la communauté avec celui du mari, qui n'a pas empêché cette confusion. Il faut toutefois que la dette de la femme ait date certaine (art 1410).

831. 2° La clause de séparation de dettes modifie, même pendant la communauté, les droits des créanciers de la femme, si son mobilier apporté en mariage ou échu pendant le mariage a été constaté par un inventaire authentique. Cet inventaire est une distinction suffisante du gage des créanciers antérieurs de la femme. Dès lors, les poursuites des créanciers sont restreintes aux meubles compris dans cet inventaire. Ainsi le mari, sur l'action des créanciers de la femme, est quitte envers eux en justifiant de l'inventaire et en leur abandonnant tous les effets mobiliers encore existants et en leur tenant compte de la valeur de ceux qu'il ne représente plus (art. 1510, alin. 2). (Pothier, nos 362, 363; Odier, nos 775, 776; Zachariæ, § 526.)

L'inventaire doit être fait *avant* le mariage ; car, après la célébration, il y a confusion du mobilier des époux, et cette confusion exerce des effets qu'il n'est plus au pouvoir des époux de modifier à l'égard des tiers.

Dans les deux cas, les créanciers peuvent poursuivre le payement de leurs créances sur la pleine propriété des immeubles propres de la femme. (Besançon, 4 mars 1878, D., 1879, 2, 48.)

832. A la dissolution de la communauté, la clause de séparation des dettes exerce ses effets tant à l'égard des créanciers du

mari qu'à l'égard de ceux de la femme. Les créanciers de l'un des époux ne peuvent plus poursuivre l'autre en payement de la moitié de leurs créances; peu importe qu'il y ait eu inventaire ou non. En voici le motif : la femme a repris ses biens, c'est-à-dire le gage de ses créanciers. (Nancy, 2 fév. 1865, D., 1870, 2, 65.)

2. DES CRÉANCIERS DU MARI.

833. Tous les effets mobiliers des deux époux tombent dans la communauté, et les biens communs sont, à l'égard des créanciers du mari, censés faire partie du patrimoine de ce dernier. C'est pour cette raison aussi que la femme ne pourrait pas s'opposer à la saisie des effets mobiliers de la communauté. Cet effet est le même lorsqu'il a été fait un inventaire, tant des meubles apportés en mariage que de ceux échus par succession ou donation pendant le mariage. Le code ne dit pas quels seront les effets de cet inventaire pour les créanciers *du mari*. Il faut donc suivre les règles sur la communauté légale, et d'après ces règles l'inventaire n'a aucun effet. Quelle que soit la provenance des biens de la communauté, et que cette provenance soit constatée ou non, toujours est-il que ces biens sont tenus de toutes les dettes du mari. (Zachariæ, § 526, note 11; Demante, *Programme*, III, n° 176.)

834. Toutefois quelques auteurs pensent que, si le mobilier a été inventorié, la clause de séparation de dettes a le même effet à l'égard des créanciers du mari qu'à l'égard des créanciers de la femme, c'est-à-dire que les créanciers du mari, antérieurs au mariage, ne peuvent pas saisir les meubles de la femme tombés en communauté. (Marcadé, art. 1510, n° 4; Troplong, n°s 2042, 2043; Colmet de Santerre, t. VI, n° 176 *bis*, IV; Laurent, t. XXIII, n° 308.)

Cette opinion se fonde sur quelques auteurs anciens, sur ce que la clause de séparation de dettes étant réciproque, elle doit exercer ses effets autant dans l'intérêt de la femme que dans celui du mari; enfin sur un argument *à contrario* de l'article 1510. Les créanciers de l'un et de l'autre époux peuvent poursuivre leur payement sur le mobilier *non inventorié*, dit cet article; donc, répond-on, ils ne le peuvent pas sur le mobilier *inventorié*.

Mais cette argumentation perd de vue que tout le mobilier, inventorié ou non, fait partie de l'*actif* de la communauté, et que les créanciers du mari peuvent poursuivre le payement de leurs créances sur tout cet actif.

III. SPÉCIALEMENT DE LA CLAUSE DE FRANC ET QUITTE (art. 1513).

835. Pothier, *Traité de la communauté*, n° 365, dit : « La clause de franc et quitte est une convention par laquelle *les parents de l'un des futurs conjoints* se font fort envers l'autre qu'il n'a pas de dettes. C'est ordinairement les parents de l'homme qui se font fort qu'il est franc et quitte de dettes. Ils s'obligent par cette convention, dans le cas où il ne se serait pas trouvé tel, à indemniser la femme du préjudice que lui auraient causé les dettes de son mari antérieures au mariage. »

D'après le code, cette déclaration a un autre caractère; elle peut être faite aussi bien par l'un des conjoints lui-même que par ses parents ou un tiers. Le code présume même que toutes les fois qu'un tiers a fait une pareille déclaration, l'époux qu'elle concerne y a adhéré, et il le considère comme le débiteur principal et personnel de l'indemnité, quand même il n'aurait personnellement fait aucune promesse (art. 1513, alin. 1).

836. La clause de franc et quitte renferme une convention de séparation de dettes, en ce sens que l'époux qu'elle concerne doit personnellement supporter ses dettes antérieures au mariage, et que, si la communauté les a payées, l'autre conjoint a droit à une indemnité qui se prend, soit sur la part de communauté revenant à l'époux débiteur, soit sur les biens personnels de cet époux : l'indemnité est due pour *tout* préjudice souffert par l'autre conjoint par suite du payement de ces dettes, donc non-seulement du préjudice résultant de la réduction du fonds commun, au point qu'il est insuffisant pour remplir ce conjoint des droits et créances qu'il peut avoir à exercer, mais encore à raison de la diminution de sa part de la communauté.

Les tiers qui ont déclaré l'un des époux franc et quitte sont *garants* de cette indemnité, en cas d'insuffisance des biens de l'époux qui la doit; ils ne peuvent donc être poursuivis que subsidiairement, et sauf leur recours contre l'époux.

837. Si c'est le mari qui a été déclaré franc et quitte, l'indemnité ne peut être poursuivie par la femme qu'après la dissolution de la communauté. Si c'est la femme qui a été déclarée franche et quitte, le mari peut exercer sa garantie, même durant la communauté, contre ceux qui ont fait la déclaration, sauf le recours de ceux-ci contre la femme ou ses héritiers après la dissolution de la communauté.

838. Bien que la clause de franc et quitte renferme une stipulation de séparation de dettes dans le sens indiqué au n° 836, elle en diffère en deux points : 1° en ce qu'elle est, non-seulement durant la communauté, mais encore après sa dissolution, sans effet à l'égard des créanciers des époux, lesquels peuvent, nonobstant inventaire, poursuivre leurs créances sur tous les biens de la communauté, tout comme si les époux se fussent mariés sous le régime de la communauté légale; 2° en ce qu'elle oblige l'époux qu'elle concerne à tenir compte à la communauté non-seulement du capital des dettes qu'elle a payées pour lui, mais encore des intérêts et arrérages courus pendant la communauté. (Pothier, n° 375. Voy. *suprà*, n°s 823, 824.)

De ce qui précède, il résulte qu'il est toujours utile d'ajouter la stipulation de séparation de dettes à la clause de franc et quitte.

SECTION V.

DE LA FACULTÉ ACCORDÉE A LA FEMME DE REPRENDRE SON APPORT FRANC ET QUITTE (art. 1514).

I. DÉFINITION, ORIGINE ET RÈGLES D'INTERPRÉTATION DE CETTE CLAUSE.

839. La femme peut stipuler qu'en cas de renonciation à la communauté, elle reprendra tout ou partie de ce qu'elle y aura apporté, soit lors du mariage, soit depuis.

Suivant quelques auteurs, l'origine de cette clause remonte à l'époque des croisades, et de même que la faculté de renoncer à la communauté, elle n'a d'abord été admise qu'en faveur des

femmes nobles. Mais cette origine n'est pas historiquement prouvée, et il est probable qu'elle est beaucoup plus récente. Lorsque l'article 228 de la nouvelle coutume de Paris eut accordé aux femmes le bénéfice d'émolument en cas d'acceptation de la communauté (*suprà*, n° 782), on s'aperçut bientôt qu'elle n'avait pas plus d'avantage à renoncer à la communauté qu'à l'accepter. Pour rendre le bénéfice de la renonciation plus efficace, l'usage s'introduisit d'ajouter la stipulation de la reprise d'apport franc et quitte en faveur de la femme renonçante. Cette stipulation fut bientôt reçue par l'usage. Les arrêtistes en font la première mention vers la fin du XVI[e] siècle. (Odier, n° 840.)

840. La clause de reprise de l'apport franc et quitte est doublement exceptionnelle au droit commun. Elle est contraire à la règle sur les sociétés, qui défend la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans la société par un ou plusieurs des associés (art. 1855, alin. 2).

Ensuite, elle est encore exorbitante des règles sur la renonciation à la communauté, laquelle est déjà une exception au droit commun. La clause de reprise d'apport permet de renoncer seulement aux dettes, en gardant une partie de l'actif de la société. Pour cette double raison, elle doit être *restrictivement* interprétée. Elle ne peut s'entendre au delà des choses formellement exprimées, ni au profit de personnes autres que celles désignées. Ainsi la faculté de reprendre le mobilier que la femme a apporté lors du mariage, ne s'étend point à celui qui serait échu pendant le mariage.

Par la même raison la faculté accordée à la femme ne s'étend point aux enfants; celle accordée à la femme et aux enfants ne s'étend point aux héritiers ascendants ou collatéraux (art. 1514, alin. 1-3).

Si elle a été stipulée en faveur de la femme et de ses *héritiers*, elle n'a pas lieu en faveur des autres successeurs, même à titre universel, ni en faveur de l'enfant naturel, ni au profit de l'État, appelé à recueillir la succession vacante. Mais, si elle a été stipulée en faveur des héritiers collatéraux, elle peut être exercée *à fortiori* par les enfants; et si elle a été stipulée généralement, au profit des *enfants*, les enfants d'un premier lit peuvent aussi l'exercer.

II. EFFETS DE CETTE CLAUSE.

841. La clause n'empêche pas que le mobilier de la femme ne tombe dans la communauté, laquelle en devient propriétaire. A la dissolution de la communauté, les personnes qui ont droit d'exercer la reprise ont contre le mari une créance pour la valeur. (Laurent, t. XXIII, n° 340.) Pour que la reprise de l'apport puisse être exercée, il faut qu'il soit constaté par inventaire, conformément à l'article 1504. (Voy. *suprà*, n°s 802-805; Colmet de Santerre, t. VI, n° 181 *bis*, I; Rouen, 17 juin 1869, D., 1872, 2, 215; Cass. fr., 2 déc. 1872, D., 1872, 1, 398.)

La faculté de reprise s'exerce aussi en cas de dissolution de la communauté par le divorce ou par la séparation de corps ou de biens.

842. Mais, dans tous les cas, les apports ne peuvent être repris que déduction faite des dettes personnelles à la femme, et que la communauté aurait acquittées. *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno* (art. 1514, alin. 4).

SECTION VI.

DU PRÉCIPUT CONVENTIONNEL (art. 1515-1519).

I. DÉFINITION, ORIGINE ET OBJET.

843. Cette section est intitulée: « Du Préciput *conventionnel* » parce qu'autrefois il y avait deux espèces de préciput, le préciput légal, qui n'existe *plus*, et le préciput conventionnel.

La clause de préciput est celle par laquelle l'un des époux est autorisé à prélever, avant tout partage de la communauté, une certaine somme ou une certaine quantité d'effets mobiliers en nature (art. 1515).

Anciennement cette clause était de peu d'importance; elle n'avait ordinairement pour objet que quelques meubles d'affection ou d'un usage personnel, par exemple, les habits, linges, bijoux,

armes, chevaux, livres, instruments d'art ou de métiers. La plupart des coutumes accordaient des gains de survie ou un préciput légal. Le code ayant aboli tous les gains de survie légaux, le préciput conventionnel est plus important et d'un usage plus fréquent.

844. L'énumération des choses qui peuvent être l'*objet* du préciput n'est pas limitative. L'article 1515, alinéa 1, ne parle que d'une certaine somme et d'une certaine quantité d'effets mobiliers en nature. On peut aussi stipuler le préciput d'une quote-part de la communauté, par exemple d'un quart ou d'un tiers, mais alors c'est une clause d'inégalité de parts, régie par l'article 1521.

845. L'article 1515, alinéa 1, définit le préciput comme étant toujours stipulé en faveur du *survivant* des époux. Mais il peut aussi être stipulé en faveur des héritiers de l'époux prémourant. Il peut être stipulé au profit *du survivant*, ou bien au profit *de tel époux, si c'est lui qui survit*, ou pour tel époux, lors de la dissolution de la communauté par une cause quelconque.

846. Le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage (art. 1516). Ainsi, par exemple, s'il comprend des effets mobiliers, il n'est pas nécessaire d'y ajouter l'état estimatif prescrit par l'article 948 pour les donations d'effets mobiliers. L'article 1516 a pour but de trancher une controverse de l'ancien droit sur le point de savoir si le préciput était ou non une donation soumise aux mêmes formalités que les autres donations. Il est considéré comme une *partie de la communauté*. C'est pour cela qu'en principe il n'appartient pas à la femme si elle *renonce* à la communauté.

On s'est demandé si le préciput ne doit pas être considéré comme une donation quant *au fond*, et s'il n'est pas réductible, conformément aux articles 913, 915 et 1098, lorsqu'il entame la réserve. La rédaction de l'article 1516, qui exclut l'assimilation quant aux formalités, semble admettre, par argument *à contrario*, cette opinion. Mais la fin de cet article et surtout l'article 1525, qui considère même comme une convention de mariage et entre associés la clause qui attribue la totalité de la communauté à l'époux survivant, autorisent l'opinion contraire, d'autant plus

que c'est aussi celle de Pothier, que les rédacteurs du code ont suivie en cette matière. Toutefois, si l'un des époux a des enfants d'*un précédent mariage,* le préciput est réductible dans le cas où il renfermerait un avantage prohibé par l'article 1098. Mais les enfants issus du mariage même des époux qui ont stipulé le préciput ne peuvent pas en demander la réduction. (Pothier, n° 442.)

II. EFFETS DE LA CLAUSE DE PRÉCIPUT.

A. *De l'ouverture du droit au préciput.*

847. Il faut distinguer deux cas principaux :

1° Il n'y a pas de stipulation particulière, ou bien le préciput a été stipulé pour le cas de survie. Le droit au préciput s'ouvre par la mort de l'un des époux (art. 1515, 1517).

Les présomptions de survie, établies par les articles 721 et 722, ne sont pas applicables, pas même dans le cas où les deux époux seraient également appelés au préciput. (Troplong, n° 2127; voy. t. II, n° 1264.)

848. Si la communauté a été dissoute *avant la mort* de l'un des époux, il faut distinguer si le préciput a été stipulé au profit seulement de l'époux contre lequel le divorce ou la séparation de corps a été prononcée, ou au profit de tous les deux, ou au profit seulement de celui qui a obtenu le divorce ou la séparation. Dans tous les cas, celui contre lequel le divorce ou la séparation a été prononcé perd le droit au préciput quand même il survivrait (art. 299, 1518). Bien que le préciput n'ait pas le caractère d'une véritable libéralité, l'époux contre lequel le divorce ou la séparation de corps a été prononcé, le perd à titre de peine. L'autre conserve son droit, mais il est subordonné à la condition de survie (art. 300, 1518). La liquidation de la communauté se fait comme s'il n'y avait pas de stipulation de préciput. Il s'ensuit que, par ce partage, l'époux qui a un droit éventuel au préciput se trouve déjà en possession de la moitié des biens de la communauté sujets au préciput; si son conjoint prédécède, la succession de celui-ci sera donc débitrice de l'autre moitié.

849. La rédaction de la fin de l'article 1518 porte : « Si c'est

la femme (qui a obtenu le divorce ou la séparation de corps), la somme ou la chose qui constitue le préciput reste toujours provisoirement au mari, à la charge de donner caution. » Cette disposition est inexacte et inexplicable à la fois. Car la liquidation de la communauté ayant été faite comme s'il n'y avait pas de stipulation de préciput, la *somme* ou la *chose* qui constitue le préciput ne reste pas provisoirement au mari, mais seulement la *moitié* de cette somme ou de cette chose.

On ne peut expliquer cette partie de l'article 1518 qu'en l'appliquant au cas où le préciput a été stipulé pour la femme *quand même elle renoncerait à la communauté*. Bien que cette hypothèse ne soit pas ajoutée dans le texte, il faut la suppléer. (Troplong, n° 2135; Laurent, XXIII, n° 358.)

850. 2° Il a été stipulé que le préciput serait prélevé *dans tous les cas* de dissolution de la communauté. Cette convention est valable. Le préciput sera alors compté à l'époux au profit duquel il a été stipulé, quand même la communauté se serait dissoute par la séparation de biens. Mais, quand même il aurait été stipulé réciproque, l'époux *contre lequel* le divorce ou la séparation de corps a été prononcé perd cet avantage, en vertu de l'article 299, alinéa 1.

B. *Comment s'exerce le droit de préciput.*

851. Il faut distinguer :

1° La femme accepte la communauté. Le droit de préciput s'exerce par prélèvement sur l'actif de la masse commune. Il faut donc d'abord former cette masse, tant activement que passivement : il faut que toutes les dettes et charges de la communauté aient été payées. Alors on a la masse partageable, sur laquelle le préciput se prélève avant tout partage.

L'époux préciputaire ne supporte pas une part plus forte dans les dettes de la communauté que les héritiers du prédécédé. Le préciput est exempt de toutes dettes. C'est un gain sans charges, comme le *prælegatum*. Toutefois, si le préciput est un avantage à titre *universel*, le préciputaire doit contribuer aux dettes. (Troplong, n°s 2139-2140; art. 1521, *infrà*, n° 856.)

852. 2° La femme renonce à la communauté. En principe, elle

n'a plus de droit au préciput, à moins qu'elle ne se soit réservé le préciput, même pour le cas où elle renoncerait à la communauté; dans ce dernier cas, le préciput constitue un avantage entre époux, et la femme peut l'exercer, même sur les biens personnels de son mari (art. 1515). (Cass. fr., 2 juin 1872, D., 1872, 1, 327.)

853. Les créanciers de la communauté ont toujours le droit de faire vendre les effets compris dans le préciput, sauf le recours de l'époux, conformément à l'article 1515 (art. 1519).

Les termes de l'article 1519 : *Sauf le recours de l'époux, conformément à l'article* 1515, doivent être ainsi entendus : Si les effets compris dans le préciput ont été vendus par les créanciers, soit pendant le mariage, soit après la dissolution de la communauté, l'époux préciputaire a de ce chef une indemnité à réclamer contre la communauté; donc il peut réclamer la moitié de la valeur sur la part de l'autre époux. Si le préciput est dû à la femme renonçante, elle peut en poursuivre la valeur sur tous les biens personnels du mari. (Observations du Tribunat, n° 12; Locré, XIII, 256.)

SECTION VII.

DES CLAUSES PAR LESQUELLES ON ASSIGNE A CHACUN DES ÉPOUX DES PARTS INÉGALES DANS LA COMMUNAUTÉ (art. 1520-1525).

I. NOTIONS GÉNÉRALES.

854. Par dérogation au principe des articles 1474 et 1482 (n° 763), les époux peuvent stipuler des parts inégales dans la communauté, quels que soient leurs apports. Cette stipulation peut être pure et simple ou conditionnelle, par exemple pour le cas où il n'y aura pas d'enfants. Les époux peuvent déroger de *trois* manières au partage égal établi par la loi, soit en ne donnant à l'époux survivant ou aux héritiers du prédécédé, dans la communauté, qu'une part moindre que la moitié, soit en ne lui donnant qu'une somme fixe pour tout droit de communauté, soit en stipulant que la communauté entière, en certains cas, appar-

tiendra à l'époux survivant, ou à l'un d'eux seulement (art. 1520). Cette énumération n'est pas limitative. Ainsi, on peut stipuler que l'un des époux aura tous les meubles, l'autre tous les immeubles, ou telle partie des meubles, ou telle partie des immeubles. Dans ces cas et d'autres analogues, la part contributive aux dettes se détermine d'après les principes des articles 1521 et 1414 (nos 856 et 619-621).

L'article 1520 contient une erreur de rédaction en disant : « *Soit en ne donnant à l'époux survivant ou à ses héritiers* » ; il est évident qu'il a voulu dire : ou aux héritiers « *du prédécédé* ».

II. EFFETS DE CES CLAUSES.

A. *De la simple clause d'inégalité des parts* (art. 1521).

855. La clause peut être stipulée *au profit du survivant*, comme un avantage de survie ; ou bien on peut désigner nominativement, pour en profiter, soit le mari survivant, soit la femme survivante. Si dans ce dernier cas l'époux auquel la plus forte part est assignée ne survit pas, la clause devient caduque et la communauté se partage par portions égales.

La plus forte part peut être assignée à celui des époux qui a le moins apporté.

856. Lorsqu'il a été stipulé que l'époux ou ses héritiers n'auront qu'une certaine part dans la communauté, comme le tiers ou le quart, l'époux ainsi réduit, ou ses héritiers, ne supportent les *dettes* de la communauté *que proportionnellement* à la part qu'ils prennent dans l'*actif*. La convention est *nulle* si elle oblige l'époux ainsi réduit ou ses héritiers à supporter une plus forte part, ou si elle les dispense de supporter une part dans les dettes égale à celle qu'ils prennent dans l'actif (art. 1521).

Les époux sont tenus des dettes, dans la même proportion, envers les créanciers, à l'exception des dettes que chacun a personnellement contractées, sauf recours contre l'autre époux, s'il y a lieu.

La *convention est nulle*, dit l'article 1521, alinéa 2, c'est-à-dire *toute la clause* d'assignation de parts est nulle et non avenue, et la communauté se partage par moitié. Duranton, t. VIII, n° 206,

pense que la clause n'est nulle que quant à la *portion des dettes* dont l'époux réduit a été chargé en sus de celle qu'il devait supporter proportionnellement à la part qu'il a dans l'actif; que si l'époux qui reçoit une part d'actif plus forte que sa part des dettes consent à payer une part proportionnelle à ce qu'il reçoit dans l'actif, le reste de la convention est valable. Mais l'article 1521, alinéa 2, est formel; il dit : *la convention* est nulle, et non pas : la stipulation de contribution aux dettes. Les rédacteurs du code ont suivi Pothier, qui décide la controverse dans le même sens. (*Communauté*, n° 449; Laurent, XXIII, n° 365.)

857. La clause d'inégalité des parts ne fait pas obstacle à ce que la femme use du bénéfice d'émolument (art. 1483).

Si la stipulation d'inégalité des parts a été faite au profit de l'un des époux, pour le cas de survie, et que la dissolution de la communauté arrive du vivant des deux époux, il faut appliquer par analogie les dispositions de l'article 1518. (*Suprà*, n° 848.)

B. *De la clause appelée forfait de communauté* (art. 1522-1524).

858. Le *forfait de communauté* est une clause par laquelle il est stipulé que l'un des époux ou ses héritiers ne pourront prétendre qu'une certaine somme pour tout droit de communauté. Cette clause oblige l'autre époux ou ses héritiers à payer la somme convenue, soit que la communauté soit bonne ou mauvaise, suffisante ou non pour acquitter la somme. Si la clause n'établit le forfait qu'à l'égard des héritiers de l'un des époux, celui-ci, *dans le cas où il survit*, a droit au partage égal par moitié (art. 1521, 1522).

Dans le cas de forfait, l'article 1521 (n° 856) n'est pas applicable : l'époux dont les droits sont fixés par forfait ne contribue pas aux dettes de la communauté.

859. Quant aux effets du forfait, il faut distinguer :

1° La femme reçoit le forfait; le mari ou ses héritiers retiennent la communauté. La femme est dans la même position que si elle avait renoncé à la communauté. Elle estdonc déchargée de toutes les dettes de la communauté, qui doivent être acquittées par le mari ou ses héritiers. Mais elle doit à la communauté ses reprises, et elle peut exercer les siennes, tant contre la commu-

nauté que sur les biens personnels de son mari. Elle est tenue, *envers les créanciers*, de toutes les dettes qui proviennent de son chef, sauf le recours contre le mari ; mais elle ne peut pas être poursuivie par les créanciers à raison des dettes de la communauté jusqu'à concurrence de la somme qu'elle reçoit à titre de forfait; car cette somme n'est pas une part de la communauté, mais une dette personnelle de son conjoint (art. 1524, alin. 1 et 2). (Duranton, t. VIII, nº 209.)

860. 2º Le mari ou ses héritiers reçoivent le forfait, et la femme retient la communauté. Elle peut y renoncer ou l'accepter. Il faut distinguer :

a. Elle y *renonce*. Elle ne doit pas la somme stipulée à titre de forfait ni les dettes de la communauté, dont elle abandonne aux héritiers du mari les biens et les charges.

b. Elle *accepte* la communauté. Elle doit le forfait et demeure obligée à toutes les dettes, c'est-à-dire les créanciers peuvent la poursuivre. Mais le mari ou ses héritiers aussi peuvent être poursuivis pour les dettes de la communauté, parce que *c'est le mari qui les a contractées*, sauf le recours contre la femme (art. 1524, alin. 3).

861. On s'est demandé si, dans ce dernier cas, la femme est tenue de la *totalité* des dettes de la communauté, ou seulement jusqu'à concurrence de son émolument, conformément à l'article 483? Il faut décider que la femme ne peut pas opposer le bénéfice d'émolument. Car, en principe, la renonciation au bénéfice d'émolument n'est pas prohibée, comme l'est la renonciation à l'option entre l'acceptation et la répudiation de la communauté. L'article 1524 rappelle expressément le droit de la femme de *renoncer* à la communauté, mais il ne fait pas mention du bénéfice d'émolument. Ce bénéfice est plutôt exclu par les termes de la loi, qui circonscrit l'option de la femme entre l'abandon et l'acceptation de la communauté. Enfin, le bénéfice d'émolument est donné à la femme dans l'hypothèse d'un *partage* de la communauté; dans le cas de forfait, il n'y a pas de partage. D'ailleurs les intérêts de la femme sont suffisamment sauvegardés par sa faculté de renoncer à la communauté. (Odier, nº 904; Pont et Rodière, II, nº 337; Marcadé, art. 1524, nº 2; Laurent, t. XXIII, nº 372.)

C. *De la clause qui attribue toute la communauté à l'un des époux en cas de survie* (art. 1525).

862. Il est permis aux époux de stipuler que la totalité de la communauté appartiendra au survivant, ou à l'un d'eux seulement, sauf aux héritiers de l'autre à faire la reprise des apports et capitaux tombés dans la communauté, du chef de leur auteur. Cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention de mariage et entre associés (art. 1525). Quelques jurisconsultes disent que ce n'est pas une stipulation de communauté; qu'elle est plutôt exclusive de communauté. Cela serait vrai si toute la communauté était, dès le principe du contrat de mariage, donnée purement et simplement, et sans condition, à l'un des époux, par exemple au mari ou à ses héritiers, soit qu'il survive ou prédécède. Mais la convention de l'article 1525 suppose nécessairement que la totalité de la communauté sera attribuée à l'*époux survivant,* ou à tel époux, par exemple *au mari,* ou à la femme, *s'il survit.* Chacun des époux a donc l'espoir d'acquérir la communauté.

La disposition portant que le survivant des époux sera héritier mobilier du prémourant de tous les effets composant la communauté, constitue une *donation* et non un forfait de communauté régi par l'article 1525. (Bruxelles, 30 décembre 1867, B. J., t. 26, 281.)

863. La clause qui attribue au survivant des époux la totalité de la communauté, sauf reprise de l'apport du conjoint prédécédé par ses héritiers, n'est pas une donation, excepté en cas d'enfants d'un premier lit. (Voy. *suprà,* n° 846; Caen, 21 novembre 1868, D., 1870, 2, 150; Pau, 3 juin 1871, D., 1872, 5, 149.)

Mais, si les époux ont stipulé que les héritiers du prédécédé ne pourront pas reprendre l'apport et que la totalité de la communauté appartiendra au survivant, cette clause contient une *véritable donation*, et, dans ce cas, la convention est *réductible,* non-seulement au profit des enfants d'un premier lit, mais au profit de tout héritier réservataire (art. 913, 915, 920).

L'intention de donner à cette clause le caractère d'une simple

convention de mariage, et non celui d'une donation, résulte suffisamment de ce que, dans leur contrat de mariage, les époux s'en réfèrent à l'article 1525; semblable relation implique de plein droit, pour les héritiers du prédécédé, la faculté de reprendre l'apport de leur auteur. Il faut même admettre que la faculté de reprendre les apports est implicitement et de plein droit contenue dans la clause qui attribue au survivant la totalité de la communauté; bien qu'une semblable clause puisse être interprétée aussi comme une donation pure et simple. (Rapport au Tribunat, n° 45, Locré, XIII, 373.)

864. Que faut-il entendre par *apports* et *capitaux?* Il ne faut pas appliquer ici les règles d'interprétation restrictive de l'article 1514. Apports et capitaux, c'est *tout l'actif* provenant de l'époux prédécédé et entré dans la communauté soit lors de la célébration du mariage, soit pendant le mariage. Le projet primitif de cet article portait : *Sauf, etc., à faire la reprise des apports de leur auteur*. Sur la proposition de la section du Tribunat, le changement fut adopté et l'article rédigé comme il l'est, pour qu'il n'y eût pas d'incertitude sur ce qui doit être repris, et parce que par le simple mot *apport* on n'entend ordinairement que ce qui a été apporté par les époux au moment de la célébration du mariage, et que d'après l'intention du législateur les héritiers devaient reprendre aussi tout ce qui était entré en communauté pendant le mariage. (Observations du Tribunat, n° 12, Locré, XIII, 257.)

La reprise de l'apport ne peut avoir lieu que déduction faite de toutes les dettes dont il était grevé (arg. art. 1514, alin. 4).

865. Quant à *la constatation de l'apport*, s'il s'agit de celui de la femme, il faut appliquer la disposition de l'article 1504 (n°s 803-805), parce que l'obligation de faire inventaire incombait au mari. S'il s'agit de l'apport du mari, la présomption est en faveur de la communauté, sauf aux héritiers du mari à prouver que tels et tels objets proviennent du chef de leur auteur. Cette preuve peut se faire par tous les moyens de droit, excepté par commune renommée, toutes les fois que les héritiers du mari sont réservataires et que la réserve serait entamée sans la reprise des apports. Les héritiers non réservataires ne peuvent faire la preuve que conformément au n° 804.

SECTION VIII.

DE LA COMMUNAUTÉ A TITRE UNIVERSEL (art. 1526).

---

866. Les époux peuvent établir, par leur contrat de mariage, *une communauté universelle* de leurs biens tant meubles qu'immeubles, présents et à venir, ou de tous leurs biens présents seulement, ou de tous leurs biens à venir seulement (art. 1526). La stipulation de communauté universelle simplement comprend les biens présents. (Gand, 27 décembre 1867, B. J., t. 26, p. 679).

Cette disposition déroge à la règle de l'article 1837 qui défend de contracter une société universelle comprenant la propriété de tous les biens présents et à venir.

Toutes les dettes des époux tombent dans la communauté universelle, sauf les dispositions des articles 1424, 1438 et 1439. Les objets donnés par des tiers à condition qu'ils ne tomberont pas en communauté restent propres aux époux. Les dettes grevant ces donations leur sont personnelles.

Il est rationnel d'appliquer, lors du partage de la communauté, la règle de l'article 1509 (*suprà*, n° 819).

RÈGLES RELATIVES A LA COMMUNAUTÉ LÉGALE OU CONVENTIONNELLE, LORSQUE L'UN DES ÉPOUX OU TOUS DEUX ONT DES ENFANTS DE PRÉCÉDENTS MARIAGES (art. 1496, 1527).

867. Le droit romain, LL. 3, 5 et 6, C., *De secundis nuptiis*, 5, 9, et l'*Édit des secondes noces* du roi François II, rendu en 1560, renfermaient des dispositions ayant pour but d'empêcher que l'époux ayant des enfants d'un premier mariage ne pût enrichir son nouvel époux des biens qu'il tenait de la libéralité de son premier conjoint, ni des avantages qu'il avait recueillis par suite du régime sous lequel il avait été précédemment marié. Les coutumes de Paris (art. 279) et d'Orléans (art. 203) étendaient cette disposition à tous les conquêts et effets mobiliers de la première communauté.

Dans la plupart des provinces de droit écrit, la *propriété* des biens que l'époux survivant tenait de la libéralité de son conjoint prédécédé passait, en cas de secondes noces, de plein droit aux enfants du premier lit, et l'époux remarié n'en conservait que la jouissance.

868. Le code ne considère plus la *nature* ni l'*origine* des biens pour en régler la succession (art. 732). Quelle que soit l'origine des biens mobiliers de l'époux qui convole en secondes noces, ils tombent dans la seconde communauté. Les règles sur la communauté légale et sur les diverses communautés conventionnelles, qui ont été exposées aux nos 491-866, doivent être observées même lorsque l'un des époux ou tous deux ont des enfants de précédents mariages (art. 1496, alin. 1).

Mais l'inégalité des biens mobiliers et des dettes des époux, et la confusion de leurs biens et dettes dans la communauté, peuvent opérer, au profit de l'un d'eux, un avantage supérieur à celui qui est autorisé par les règles sur la réserve et celles sur la quotité disponible entre époux prescrites par l'article 1098. Par exemple, A a trois enfants et une fortune mobilière de 60,000 francs. Il se marie sous le régime de la communauté légale avec B, qui apporte 10,000 francs; après la dissolution de la communauté, B en prend la moitié, donc 35,000, c'est-à-dire 25,000 de plus que son apport. D'après l'article 1098, A n'a pu disposer en faveur de B que de 15,000 francs. Par la seule confusion des biens des époux et sans autre acte de libéralité, B a donc eu 10,000 francs au delà de ce qu'il pouvait recevoir.

869. Dans tous les cas où, par l'effet du contrat de mariage ou du régime matrimonial, l'un des époux a reçu un avantage excédant la portion réglée par l'article 1098, les enfants de l'autre, issus d'un précédent mariage, ont l'action en retranchement ou en réduction. (Pothier, *Tr. du mariage*, nos 551 et suiv.)

Mais les enfants du premier lit ne peuvent intenter l'action en retranchement qu'après la mort de l'époux, leur parent. Car alors seulement ils ont un *droit acquis* à la succession, donc à la légitime. L'action s'évanouit si l'enfant prédécède à son parent. L'avantage est calculé au moment de la mort de l'époux parent, conformément aux principes sur la réserve. (Voy., t. II, n° 2340 et suiv.)

870. Pour apprécier s'il y a avantage ou non pour le second époux, il faut faire entrer en compte tout le mobilier que l'un et l'autre époux ont apporté dans la communauté, soit *lors* du mariage, soit *pendant le mariage*. L'article 1496 ne distingue pas. (Duranton, XIV, n° 520; Odier, 592.)

Mais les bénéfices résultant des travaux communs et les économies sur les revenus n'entrent pas en compte (art. 1527). (Pothier, 552.) Si les apports ne sont pas constatés par un contrat de mariage, les enfants du premier lit doivent être admis à en faire la preuve par tous moyens, même par commune renommée (arg. art. 1442, arg. art. 1414, 1415). (Toullier, XIII, n° 289; Odier, n° 589.)

SECTION IX.

DES CONVENTIONS EXCLUSIVES DE LA COMMUNAUTÉ.

INTRODUCTION.

871. Le code admet trois régimes de *non-communauté*, dont les effets diffèrent : le régime dotal, le régime exclusif de communauté et la séparation de biens. Celui qui se rapproche le plus de la communauté légale, c'est le régime exclusif de communauté; celui qui s'en éloigne le plus, c'est la séparation de biens. Ces trois régimes ont cela de commun que, dans aucun d'eux, il n'y a une communauté ou société d'intérêts et qu'aucun d'eux n'admet réellement les effets qui résultent de la notion de la communauté. Mais le régime exclusif de communauté se rapproche le plus de la communauté légale, en ce sens qu'il produit plusieurs effets attachés à la communauté légale, bien que ces effets ne soient pas des conséquences de la notion de la communauté ou de la société. On peut dire que le régime exclusif de la communauté est un mélange des dispositions sur la communauté légale et de celles sur la séparation de biens.

872. Les auteurs du code, en plaçant les conventions *exclusives* de communanté dans le chapitre II, qui traite du *régime en communauté*, ont, à l'exemple de Pothier, compris dans une *même*

catégorie toutes les règles formant autrefois une même législation et ayant la même origine. Or, de même que la communauté, les régimes d'exclusion de la communauté et celui de séparation de biens n'étaient autrefois admis que dans les pays de droit coutumier, et non dans les pays de droit écrit. De là résulte une conséquence digne de remarque pour l'interprétation : c'est que les dispositions sur le régime exclusif de communauté et sur la séparation de biens, dont la source est le droit coutumier, doivent être complétées et expliquées, non par les règles du régime *dotal*, mais par les règles sur la communauté légale.

I. DE LA CLAUSE PORTANT QUE LES ÉPOUX SE MARIENT SANS COMMUNAUTÉ (art. 1530-1535).

A. *Définition de cette clause.*

873. La clause portant que les époux se marient *sans communauté* n'établit pas entre eux le régime de la séparation de biens, et ne donne point à la femme l'administration et la jouissance de ses biens, dont les fruits appartiennent au mari pour soutenir les charges du mariage.

B. *Effets de cette clause.*

1. QUANT A LA PROPRIÉTÉ DES BIENS APPORTÉS EN MARIAGE.

874. Il n'y a pas de confusion des biens des époux ; chacun conserve la *propriété* de tout son patrimoine et continue de supporter personnellement ses dettes, tant à l'égard de son conjoint qu'à l'égard des créanciers. Il en est de même des biens échus pendant le mariage à quelque titre que ce soit. Mais les fruits et revenus des biens de la femme, le produit de son travail et de son industrie, et même les bénéfices qu'elle peut faire comme marchande publique, appartiennent au mari pour soutenir les charges du mariage. Elle ne peut réclamer aucune part dans les biens acquis par le mari, même au moyen des économies faites sur les revenus de la femme.

875. Il suit de ces règles : *a*. que le mari ne peut pas aliéner

les biens de la femme; *b.* que la femme peut aliéner ses biens, avec l'autorisation du mari ou de la justice, sauf toutefois le droit d'usufruit du mari sur ces biens; les immeubles constitués en dot ne sont pas inaliénables (art. 217-219, 1535); *c.* que la femme supporte les pertes et dommages qui arrivent à ses biens sans la faute du mari.

876. La règle que la femme conserve la *propriété* de tous ses biens souffre exception lorsqu'on ne peut en faire usage sans les consommer, ou lorsqu'ils sont destinés à la vente ou livrés au mari avec estimation. Le mari acquiert la *propriété* de ces choses, et la femme devient créancière de la valeur (art. 1532, 587).

877. Chacun des époux reste grevé de ses dettes. Les créanciers du mari ne peuvent pas saisir les biens de la femme, excepté si ces biens, faute d'inventaire, ont été confondus dans le patrimoine du mari, et sauf le recours de la femme contre lui. Pour que les meubles de celle-ci échappent à la saisie, il faut que sa propriété soit établie par un acte ayant date certaine.

Les créanciers de la femme, si leurs créances n'ont pas date certaine, ne peuvent attaquer que la nue propriété des biens de *celle-ci* (arg. art. 1410). Toutefois, si, faute d'inventaire, le mobilier du mari et celui de la femme s'étaient confondus, les créanciers de la femme pourraient attaquer la nue propriété de *toute la masse* des meubles, tant ceux du mari que ceux de la femme.

Mais si la dette de la femme a date certaine, ses créanciers peuvent-ils attaquer la *pleine* propriété, ou seulement la *nue* propriété de ses biens? Nous croyons qu'ils ne peuvent attaquer que la nue propriété, parce que la femme n'a plus l'usufruit, qu'elle l'a aliéné au profit de son mari, et qu'en règle le créancier ne peut agir que sur les biens *actuellement* appartenant à son débiteur. Cette solution n'est pas contraire à celle donnée au n° 831, pour le cas de séparation des dettes. Car il y a entre ces deux cas cette différence, que sous le régime de la séparation de dettes, l'actif des époux tombe en communauté, tandis que sous le régime exclusif de communauté, il reste propre à l'époux.

2. QUANT A L'ADMINISTRATION ET A LA JOUISSANCE DES BIENS DE LA FEMME.

878. Le mari, ayant l'*administration* des biens de la femme, a le droit de percevoir tout le mobilier qu'elle apporte en dot,

ou qui lui échoit pendant le mariage, sauf la restitution qu'il en doit faire après la dissolution du mariage, ou après la séparation de biens (art. 1531).

Les biens de la femme doivent être constatés par un inventaire. A défaut d'inventaire, la femme peut prouver, *contre le mari*, la consistance de son mobilier, par tous les moyens de droit et même par commune renommée, et il n'y a pas à distinguer entre le mobilier *apporté en mariage* et celui échu ou acquis *pendant* le mariage. Car le mari est tenu de toutes les charges de l'usufruit, et l'usufruitier doit dresser un inventaire des meubles dont il a la jouissance, sans distinction à quelle époque ils entrent sous sa jouissance (art. 1533, 600).

Si, dans le mobilier apporté par la femme, ou qui lui échoit pendant le mariage, il y a des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, il doit en être joint un *état estimatif* au contrat de mariage, ou il doit en être fait inventaire lors de l'échéance, et le mari est tenu d'en rendre le prix d'après l'estimation (articles 1532, 587). Si ce mobilier consiste en choses qui ne se consomment pas par l'usage, l'inventaire doit en être fait, mais il n'est pas nécessaire qu'il soit *estimatif*; il suffit qu'il soit *descriptif*.

879. Le mari a aussi la jouissance des biens de sa femme; il a tous les droits et est soumis à toutes les obligations de l'usufruitier (art. 1530, 1533). Mais il n'est pas tenu de donner caution; elle n'est pas exigée sous le régime de la communauté, et le mari en est formellement dispensé sous le régime dotal (article 1550).

880. A la dissolution du mariage, ou après la séparation de biens prononcée en justice, la restitution des biens de la femme, et notamment le partage des fruits sur pied, doit se faire d'après les règles relatives aux fruits naturels ou industriels des immeubles sous le régime de la communauté. C'était le principe suivi sous l'ancien droit. (Pothier, nº 462; Odier, nº 944; Duranton, nºs 267, 268.)

881. Les règles qui précèdent ne font point obstacle à ce qu'il soit convenu que la femme touchera annuellement, sur ses seules quittances, certaine portion de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels (art. 1534).

3. QUANT AUX ACQUISITIONS FAITES PENDANT LE MARIAGE.

882. Il faut distinguer :

1° Celles faites par ou pour le mari sont propres au mari seul ;

2° Quant à celles faites *pour la femme*, il faut distinguer : *a*. l'acquisition a été faite *par* la femme avec l'autorisation ou le concours de son mari, ou par le mari *au nom* de sa femme, en exécution d'une clause de remploi portée au contrat de mariage, ou d'une condition d'une donation faite à la femme ; elle est propre à la femme, parce qu'elle est subrogée à la somme qu'elle remplace. Il faut qu'il y ait déclaration de remploi et acceptation de la part de la femme. *b*. L'acquisition a été faite ou *par* la femme, ou par son mari *pour elle*, ou *par elle et son mari conjointement*, sans qu'il y ait clause de remploi. Il y a controverse sur le point de savoir si le mari en est seul propriétaire, lorsque la femme ne justifie pas qu'elle avait des deniers suffisants pour acquitter le prix; ou si la femme en est propriétaire ou copropriétaire; ou bien si, tout en reconnaissant à la femme la *propriété*, il n'y a pas lieu de présumer, jusqu'à preuve contraire, que le prix a été acquitté par le mari seul. (Cass. fr., 19 déc. 1871, D., 1872, 1, 77.)

883. Si l'acquisition a été faite par la femme, ou par le mari pour elle, elle est *propriétaire du bien acquis*. Si l'acquisition a été faite par le mari et la femme conjointement, la propriété appartient pour moitié au mari, pour moitié à la femme. Mais, dans ces deux cas, y a-t-il présomption que le mari a acquitté la totalité du prix? Les auteurs sont d'accord que, dans le cas où la femme s'est réservé certains de ses biens pour en jouir seule (art. 1534), il n'y a pas lieu à présumer que le prix a été acquitté par le mari, parce qu'elle peut avoir fait l'acquisition avec le produit, les épargnes ou même le capital de ces biens. Si la femme ne s'est pas réservé des biens, beaucoup d'auteurs invoquent le fr. 51, D., *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1, loi *Quintus Mucius*, et l'ancienne jurisprudence, pour décider que les acquisitions sont censées faites avec les deniers fournis par le mari. Notre législation n'établit pas cette présomption. Si les héritiers du mari veulent demander contre la femme le prix de ces acquisitions, ils doivent donc *prouver* que c'est de lui que

proviennent les deniers. (Odier, n[os] 958-960; Laurent, XXIII, n° 416. Bruxelles, 19 février 1856, B. J., t. 15, p. 443.)

II. DE LA CLAUSE DE SÉPARATION DE BIENS (art. 1536-1539).

884. Lorsque les époux ont stipulé par leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, la femme conserve l'entière administration de ses biens, meubles et immeubles, et la jouissance libre de ses revenus (art. 1536). Les effets de la séparation de biens contractuelle sont en général les mêmes que ceux de la séparation judiciaire exposés aux n[os] 711-725, sauf les différences suivantes :

1° Les époux peuvent fixer la part pour laquelle chacun contribuera aux *charges du mariage;* s'il n'y a pas de convention à cet égard, la femme contribue à ces charges jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus (art. 1537). D'après l'ancienne jurisprudence, le juge devait, à défaut de convention des époux, régler la part contributoire de la femme suivant ses facultés. (Pothier, n° 464.) La disposition finale de l'article 1537 est une innovation du code.

Cependant, nonobstant la convention matrimoniale et l'article 1537, l'un des époux devrait supporter *entièrement* les charges du mariage, s'il ne restait plus de biens à son conjoint (articles 203, 212, 213; t. I, n° 379).

2° Les époux judiciairement séparés de biens peuvent rétablir la communauté ou le régime sous lequel ils sont mariés. La séparation contractuelle ne peut pas être changée. (*Suprà,* n[os] 721 et 515.)

885. La femme conserve l'administration et la jouissance de ses biens; mais elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari ou sans être autorisée par justice. Toute autorisation générale d'aliéner les immeubles donnée à la femme, soit par contrat de mariage, soit depuis, est nulle (article 1538).

Lorsque la femme a laissé la jouissance de ses biens à son mari, celui-ci n'est tenu, soit sur la demande de sa femme, soit à la dissolution du mariage, qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est point comptable de ceux qui ont été consom-

més jusqu'alors (art. 1539); car les fruits sont présumés avoir été consommés dans le ménage et pour l'intérêt commun des époux. Quand même le contraire serait prouvé, le mari ne serait pas tenu de restituer les fruits consommés. La femme peut, à toute époque, retirer au mari l'administration de ses biens. Les époux peuvent déroger à l'article 1539, et convenir, soit dans le contrat de mariage, soit dans la procuration donnée au mari, que ce dernier sera tenu de rendre compte de tous les revenus perçus pour la femme.

886. Chacun des époux demeure chargé de ses propres *dettes*. Si les biens de chacun des époux sont constatés par un inventaire ou état en bonne forme, les créanciers de chacun ne pourront attaquer que ses biens propres. Si les biens sont confondus, les créanciers de l'un ou de l'autre peuvent poursuivre leur payement sur la totalité des biens appartenant aux deux époux, d'après la règle de l'article 1510 (nos 830-831), sauf recours de l'un des conjoints contre l'autre, s'il y a lieu. En cas de faillite du mari, tout est *présumé* lui appartenir; mais la femme peut faire la preuve contraire par tous moyens de droit, même par témoins. (Brux., 13 fév. 1865, B. J., t. 23, p. 1341). L'un des époux peut établir contre l'autre la consistance de ses biens par tous les moyens de droit, excepté par commune renommée. A la dissolution du mariage, chaque époux reprend ses biens.

CHAPITRE III.

DU RÉGIME DOTAL. (Art. 1540-1581.)

CARACTÈRE GÉNÉRAL.

887. Le régime dotal exclut toute communauté entre les époux. Sous ce régime, la femme peut avoir deux espèces de biens, les biens *dotaux* et les *paraphernaux*. La stipulation du régime dotal établit entre les époux la séparation de biens avec tous ses effets. La femme doit être considérée comme séparée à l'égard de tous ses biens, à l'exception de *ceux qu'elle s'est constitués en dot*, ou *qui lui sont donnés en contrat de mariage*. Tous les

biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot sont paraphernaux (art. 1541, 1574). (Cass. fr., 9 août 1858, D., 1858, 1, 371). Il s'ensuit que les revenus du travail personnel de la femme et les acquisitions qu'elle fait moyennant ses revenus ne sont pas dotaux. (Colmet de Santerre, t. VI, n° 211 *bis*, II.)

Pour rendre les biens dotaux, il ne faut pas nécessairement se servir du terme sacramentel *dot* ou *dotaux;* des termes équivalents suffisent.

Lorsque la femme s'est réservé *certains biens comme paraphernaux,* tous les autres doivent être considérés comme *dotaux*.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA CONSITUTION DE LA DOT (art. 1542-1548).

I. DE CE QUI PEUT ÊTRE CONSTITUÉ EN DOT (art. 1542, alin. 1).

888. La constitution de dot peut frapper tous les biens *présents et à venir* de la femme, ou tous ses biens présents seulement, ou une partie de ses biens présents et à venir, ou même un objet individuel. La constitution, en termes généraux, de tous les biens de la femme ne comprend pas les biens à venir (article 1542). Elle doit être interprétée restrictivement à l'égard des biens qui en forment l'objet. Toutefois sous la dénomination de *biens présents,* on comprend aussi les biens acquis dans l'intervalle entre le contrat de mariage et la célébration. Par la même raison, ces biens ne sont pas compris dans la dot, lorsqu'elle n'a pour objet que les biens à venir.

889. La dot ne peut être constituée ni même augmentée pendant le mariage (art. 1543). Cette règle doit être ainsi entendue : « La dot ne peut être augmentée pendant le mariage que conformément aux stipulations du contrat qui la constitue. » Car prise à la lettre, elle exclurait les biens à venir. Cette disposition a pour but de prévenir les fraudes contre les tiers. On n'a pas voulu que le mari pût se donner un faux crédit, en faisant passer pour *non dotaux* les biens avenus pendant le mariage, en montrant seulement le contrat de mariage et en ne montrant pas le

titre qui constitue l'augment. L'ancienne jurisprudence avait déjà restreint le principe du droit romain, d'après lequel la dot pouvait être constituée et augmentée pendant le mariage.

Il suit de cette règle que, si la femme avait constitué en dot tous ses biens présents, le tiers, qui pendant le mariage lui ferait une donation ne pourrait pas y ajouter la condition que ces biens seraient *dotaux* (inaliénables). Cette condition serait réputée non écrite (art. 900). Mais le testateur ou donateur pourrait ajouter la condition que le mari aurait l'administration et la jouissance de ces biens.

II. DE L'OBLIGATION DES PERSONNES QUI CONSTITUENT UNE DOT.

890. Les père et mère n'ont pas d'obligation *civile* de doter leurs enfants (t. I, n° 371); cette obligation civile ne résulte que de la promesse de constituer la dot. Celui qui a fait une semblable promesse doit l'exécuter, comme tout débiteur, sur ses propres biens. Quant à l'obligation qui en résulte, il faut distinguer :

1° Si les père et mère constituent *conjointement* une dot, sans distinguer la part de chacun, elle sera censée constituée par portions égales (art. 1544, alin. 1). (Voy. n° 642.)

2° Si la dot est constituée *par le père seul* pour droits paternels et maternels, la mère, quoique présente au contrat, ne sera point engagée, et la dot demeurera en entier à la charge du père (art. 1544, alin. 2). Il en est de même sous le régime de la communauté, avec cette différence que, sous ce dernier, la dette est aussi une dette de la communauté, tandis que, sous le régime dotal, elle est *personnelle* au père, parce qu'il n'y a pas de communauté. (Voy. n° 641).

Dans les deux cas, la dot doit être prise sur les biens des constituants, quoique la fille dotée par ses père et mère ait des biens à elle propres, dont ils jouissent, s'il n'y a stipulation contraire (art. 1546). Il y a stipulation contraire tacite, dans le cas où le *survivant* des père et mère constitue une dot pour *biens paternels et maternels*, sans spécifier les portions; alors la dot se prend d'abord sur les droits du futur époux dans les biens du conjoint prédécédé, et le surplus sur les biens du constituant (art. 1545).

891. Les règles sur la *garantie* et sur les *intérêts de la dot*

sont, sous le régime dotal, les mêmes que sous celui de la communauté (art. 1440, 1547, 1548, et nº 644). L'action en garantie pour le payement de la dot peut être intentée aussi bien durant le mariage qu'après sa dissolution ou après la séparation de biens. (Bordeaux, 20 février 1874, D., 1876, 1, 503.)

SECTION II.

DES DROITS DU MARI SUR LES BIENS DOTAUX, ET DE L'INALIÉNABILITÉ DU FONDS DOTAL.

I. DES DROITS DU MARI SUR LA DOT.

892. Le mari seul a l'administration des biens dotaux pendant le mariage. Il a seul le droit d'en poursuivre *les débiteurs et détenteurs*, d'en percevoir les fruits et les intérêts, et de recevoir le remboursement des capitaux (art. 1549). Ses pouvoirs sont plus étendus que ceux appartenant, sous le régime de la communauté, au mari sur les biens *personnels* de la femme. Administrateur *responsable*, il est tenu de tout dépérissement des biens de la femme et de toutes prescriptions acquises et détériorations survenues par sa faute ou sa négligence; mais il ne répond pas du cas fortuit et des événements de force majeure (art. 1562, alin. 2; 1566 1567).

Le mari n'est pas tenu de fournir caution pour la restitution de la dot, s'il n'y a pas été assujetti par le contrat de mariage (art. 1550).

Il est responsable de ce que les deniers dotaux soient employés conformément au mode fixé par le contrat de mariage.

893. Le mari ne devient pas propriétaire des biens dotaux; la femme en conserve la propriété.

Toutefois si la dot ou partie de la dot consiste en objets *mobiliers* mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en fait pas vente, le mari en devient propriétaire, et n'est débiteur que du prix donné au mobilier (art. 1551). Il en est de même lorsqu'on ne peut faire usage des choses constituées en dot qu'en

les consommant, ou qu'elles sont destinées à la vente (art. 587; n° 567).

Mais l'estimation donnée à l'*immeuble* constitué en dot n'en transporte point la *propriété* au mari, s'il n'y en a déclaration expresse (art. 1552).

894. Le mari a l'*usufruit* des biens dotaux avec les obligations de l'usufruitier (art. 1549, alin. 2; 1562, alin. 1). Les fruits pendants au moment de la célébration appartiennent au mari, sous déduction des frais de labour et d'ensemencement (art. 585; arg. art. 548). Cet usufruit peut être conventionnellement restreint à une partie des biens dotaux.

Il peut être convenu, par le contrat de mariage, que la femme touchera annuellement, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels (article 1549, alin. 3). Dans ce cas, elle doit supporter les impôts et dépenses d'entretien afférents à la part de revenus qu'elle s'est réservée. (Cass. fr., 1er juin 1874, D., 1875, 1, 84.)

895. Les biens acquis par le *mari* pendant le mariage sont sa propriété. Ainsi, lorsqu'un immeuble a été acquis par le mari avec des deniers dotaux, il n'est pas dotal, sauf clause d'emploi stipulée dans le contrat de mariage. (Cass. fr., 26 juillet 1865, D., 1865, 1, 467). De même l'immeuble donné en payement d'une somme dotale n'est pas dotal (art. 1553). (Cass fr., 12 avril 1870, D., 1870, 1, 264.) Il y a exception à l'égard des immeubles acquis par échange (art. 1559).

II. DE L'INALIÉNABILITÉ DES BIENS DOTAUX.

A. *Du but de l'inaliénabilité de la dot.*

896. La dot est apportée pour aider le mari à supporter les charges du mariage. Les dispositions des lois romaines jusqu'à Justinien avaient pour but de garantir la conservation de la dot pendant le mariage, et la restitution à la femme ou à ses héritiers après le mariage, afin de ne pas compromettre les intérêts de la femme, ceux des enfants et ceux du mari. L'inaliénabilité du fonds dotal a été considérée comme le moyen le plus efficace de garantir ces différents intérêts.

Les principes du droit romain sur l'inaliénabilité des biens dotaux ont été suivis dans la plus grande partie des pays de droit écrit. Cependant la jurisprudence de ces pays, sous l'influence des usages locaux, du droit coutumier et des nouveaux besoins du commerce et de l'industrie, avait apporté plusieurs modifications au droit romain.

B. *Quels biens dotaux sont inaliénables?*

897. Les immeubles, dit l'article 1554. L'inaliénabilité s'étend-elle aux meubles dotaux? C'est une question très-controversée. L'aliénabilité de la dot mobilière ne peut pas être douteuse : 1° à l'égard des meubles fongibles qui se consomment par l'usage ; 2° de ceux qui sont livrés au mari avec estimation; 3° des créances qui ont été transférées au mari (art. 1551 ; 1549, alin. 2). Restent les créances non transférées et les meubles corporels, dont la femme a conservé la propriété. Ils sont aussi aliénables. Car, l'inaliénabilité et la prohibition d'aliéner sont exorbitantes du droit commun, et ne peuvent être admises qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi (art. 1594 et 1598). Le texte de la loi ne déclare *inaliénables* que les *immeubles dotaux* (art. 1554, 1557-1560), ou le *fonds dotal* (*fundus dotalis*); et si les articles 1555 et 1556 parlent des *biens dotaux,* on ne peut rapporter ces termes qu'aux *immeubles,* puisqu'ils établissent une exception à l'article 1554, lequel ne s'occupe que d'*immeubles.* (Cass. fr., 6 décembre 1859, D., 1859, 1, 501.)

C. *Des effets de l'inaliénabilité de la dot.*

898. 1° Les immeubles dotaux, soit corporels, soit incorporels, ne peuvent être aliénés ni hypothéqués *pendant le mariage,* par aucun acte de disposition entre-vifs (art. 1554). La prohibition ne s'étend pas aux dispositions de dernière volonté, ni aux donations entre époux pendant le mariage, parce que ces donations sont toujours révocables. (Caen, 8 mai 1866, D., 1867, 2, 161.)

Toutefois la femme ne peut, dans un contrat de mariage, faire, au profit d'un étranger, une donation de biens à venir de ses

biens dotaux. (Grenoble, 13 août 1875, D., 1878, 2, 27. *Contrà*, Nîmes, 1er février 1867, D., 1868, 2, 134; Bordeaux, 8 mai 1871, D., 1872, 2, 5; Cass. fr., 8 mai 1877, D., 1878, 1, 32.)

2° Les dettes contractées par la femme pendant le mariage, même avec l'autorisation du mari, ne sont pas susceptibles d'être poursuivies, même après la dissolution du mariage, ni, sur le fonds dotal, ni sur les fruits ou revenus de ce fonds. (Cass. fr., 18 août 1869, D., 1869, 1, 461.) Il en est ainsi même des dettes contractées par la femme après la séparation de biens. (Caen, 21 avril 1875, D., 1877, 2, 73.) Toutefois, après la séparation de corps ou de biens, les dettes provenant de l'administration de la dot ou qui sont des charges du mariage peuvent être poursuivies sur les fruits et revenus des biens dotaux. Les amendes auxquelles la femme a été condamnée par suite d'un délit peuvent être poursuivies sur la nue propriété des biens dotaux (arg. art. 1424).

899. 3° L'acquéreur du bien dotal ne peut pas opposer la nullité de l'aliénation; sans préjudice à la disposition de l'article 1599, si le mari *seul* a vendu, c'est la vente de la chose d'autrui. L'aliénation peut être confirmée, expressément ou tacitement, après le mariage. La nullité de l'aliénation peut être proposée par le mari, et par la femme ou ses héritiers (art. 1560). Lorsque le mari a vendu l'immeuble dotal, la femme a l'option, ou de révoquer l'aliénation, ou de poursuivre une indemnité contre le mari ou ses héritiers. Le mari et la femme peuvent revendiquer l'immeuble aliéné, sans que l'acquéreur puisse opposer l'exception de garantie, quand même la garantie aurait été promise formellement (art. 1560, alin. 2). Cependant la vente produit des effets et engage la responsabilité du vendeur (art. 1560, alin. 2; 1631-1635; 1628 et 1629).

Si la femme a vendu ou promis la garantie, avec l'autorisation du mari, l'exécution de cette promesse ne peut être poursuivie que sur ses biens paraphernaux. (Pau, 27 juin 1867, D., 1868, 2, 237.) Si la femme poursuit la nullité de l'aliénation, elle n'est pas obligée de rembourser à l'acquéreur le prix qu'il a payé.

900. 4° L'action en nullité de la vente ne peut être exercée par le *mari* que *pendant le mariage;* elle ne peut plus l'être après la séparation de corps ou de biens, parce qu'alors le mari n'est

plus administrateur des biens de la femme (art. 1549, alin. 1; 1449, 1560, alin. 2). La femme ne peut exercer l'action *qu'après la dissolution du mariage* ou après la séparation de corps ou de biens (art. 1560, alin. 1). Cass. fr., 24 mai 1870, D., 1871, 1, 151, et 30 mars 1874, D., 1874, 1, 417.)

L'action en nullité de l'aliénation du fonds dotal ne se prescrit pas pendant le mariage (art. 2255). Mais elle se prescrit contre la femme par dix ans à partir de la dissolution du mariage, si la femme a *vendu elle-même*, ou si elle a *concouru* à la vente (art. 1304). En cas de séparation de corps ou de biens, l'action dure néanmoins pendant dix ans après la dissolution du mariage, parce que le fonds dotal est inaliénable, nonobstant la séparation de corps ou de biens. Si l'aliénation a été consentie par le mari seul, l'action de la femme dure trente ans après la dissolution du mariage, parce que ce n'est pas une action en nullité, mais une action revendicatoire.

5° Les immeubles dotaux non déclarés aliénables par le contrat de mariage, sont imprescriptibles pendant le mariage, à moins que la prescription n'ait commencé auparavant. Ils deviennent néanmoins prescriptibles après la séparation de biens, quelle que soit l'époque à laquelle la prescription a commencé (art. 1561).

6° L'imprescriptibilité du fonds dotal est une conséquence de l'inaliénabilité. Ainsi, le tiers possesseur ne pourrait pas l'usucaper, quand même il aurait une possession ayant toutes les conditions requises pour conduire à l'usucapion (art. 1561, 2255).

Après la séparation de biens, la femme ayant capacité d'agir, le *tiers détenteur* peut acquérir le bien par usucapion. Mais l'action en *nullité* de l'aliénation ne se prescrit pas pendant le mariage. C'est ainsi qu'on peut concilier les articles 1561 et 2255.

D. *Exceptions du principe de l'inaliénabilité de la dot.*

901. Ces exceptions peuvent avoir pour cause ou une *convention*, ou une *disposition de dernière volonté*, ou la *loi*.

1° De l'exception fondée sur une convention. L'immeuble dotal peut être aliéné lorsque l'aliénation en a été permise par le con-

trat de mariage (art. 1557). Cette convention, dérogatoire aux règles générales sur le régime dotal, est de stricte interprétation. Ainsi il a été jugé que la réserve du pouvoir d'aliéner les immeubles dotaux n'implique pas le pouvoir de les hypothéquer. (Lyon, 22 février 1867, D., 1867, 2, 80.) La clause d'aliénabilité ne donne le droit d'aliénation ni au mari seul, ni à la femme seule. Il faut le consentement des deux conjoints.

902. 2° De l'exception fondée sur une disposition testamentaire. Les biens donnés à la femme par un tiers, sur la succession duquel elle n'avait aucun droit de réserve, sous la condition qu'ils seront aliénables, sont aliénables, quel que soit le contrat de mariage.

903. 3° Des exceptions légales. Ces cas sont :

a. L'aliénation peut être faite par la femme avec *l'autorisation du mari*, ou sans son autorisation, et avec l'autorisation *de la justice* (mais, dans ce dernier cas, sous réserve de la jouissance du mari), pour l'établissement, par mariage ou autrement, des enfants d'un précédent mariage (art. 1555). *b*. La femme peut aliéner les biens dotaux, mais seulement *avec l'autorisation du mari*, pour l'établissement de leurs enfants communs (art. 1556). *c*. L'immeuble dotal peut être *échangé*, mais avec le consentement de la femme, contre un autre immeuble de même valeur, pour les quatre cinquièmes au moins, en justifiant de l'utilité de l'échange, en obtenant l'autorisation en justice, et d'après une estimation par experts nommés d'office par le tribunal. Dans ce cas, l'immeuble reçu en échange sera dotal ; l'excédant du prix, s'il y en a, le sera aussi, et il en sera fait emploi comme tel au profit de la femme (art. 1559). La femme ne peut pas faire l'échange sans le consentement du mari et seulement comme autorisée de la justice. Si ces conditions n'ont pas été remplies, l'immeuble acquis par l'échange n'est pas dotal, et l'aliénation de l'immeuble dotal peut être annulée. *d*. L'immeuble dotal peut encore être aliéné avec permission de justice et aux enchères, après trois affiches, — pour tirer de prison le mari ou la femme ; — pour fournir des aliments à la famille dans les cas prévus par les articles 203, 205 et 206, au titre *du Mariage ;* ou pour faire face aux frais d'éducation des enfants (Cass. belge, 28 déc. 1871, P., 1872, 7); — pour payer les dettes de la femme ou de ceux qui ont consti-

tué la dot, lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au contrat de mariage; — pour faire de grosses réparations indispensables pour la conservation de l'immeuble dotal; — enfin, lorsque cet immeuble se trouve indivis avec des tiers, et qu'il est reconnu impartageable. Dans tous ces cas, l'excédant du prix de la vente au-dessus des besoins reconnus *restera dotal*, et il en sera fait *emploi*, comme tel, au profit de la femme. Le remploi du prix de vente d'un immeuble dotal doit être fait en immeubles, et ne peut être fait en rentes nominatives sur l'État (art. 1558). (Bruxelles, 18 avril 1864, B. J., t. 23, 1331; P., 1865, 97.)

903 ***bis***. Dans les différents cas où il y a lieu de faire remploi des immeubles dotaux aliénés de la femme, soit en vertu d'une stipulation du contrat de mariage, soit en vertu d'une disposition de la loi (art. 1558, alin. 7, 1559), le remploi doit être régulièrement fait en immeubles.

Toutefois, d'après l'article 46 de la loi **française** du 2 juillet 1862, portant fixation du budget de l'exercice de 1863, « les sommes dont le placement ou le remploi en immeubles est prescrit ou autorisé par la loi, par un jugement, par un contrat ou par une disposition à titre gratuit entre-vifs ou testamentaire, peuvent être employées en rente 3 pour cent de la dette française, à moins de clause contraire. » (Cass. fr. 8 janvier 1877, D., 1878, 1, 463.)

« Dans ce cas, et sur la réquisition des parties, l'immatricule de ces rentes au grand-livre de la dette publique en indique l'affectation spéciale. »

III. DES DETTES DE LA FEMME MARIÉE SOUS LE RÉGIME DOTAL.

904. 1° Lorsque la femme elle-même a constitué la dot, les dettes qu'elle a *contractées* et qui ont acquis date certaine *avant le contrat de mariage* (non-seulement donc avant la *célébration*), et qui ne sont pas privilégiées ou hypothéquées sur les biens dotaux, ne peuvent être poursuivies pendant le mariage que sur la nue propriété des biens dotaux; car l'usufruit en a été aliéné au profit du mari. Après la dissolution du mariage, elles peuvent être poursuivies sur la pleine propriété de ces biens. Les dettes qui n'ont pas acquis date certaine avant le contrat de mariage

ne peuvent être poursuivies sur les biens dotaux, ni pendant ni après la dissolution du mariage. Il en est de même dans le cas où la dot a été constituée par un tiers, peu importe que la dette de la femme ait date certaine ou non; car ce bien n'est devenu la propriété de la femme que frappé d'inaliénabilité.

2° Les dettes contractées par la femme *pendant le mariage* ne peuvent pas être poursuivies sur ses biens dotaux, excepté celles procédant d'une des causes prévues par les articles 1556 et 1558. (Cass. fr., 10 déc. 1867, D., 1867, 1, 480.)

3° Les dettes légalement contractées par la femme, avant ou pendant le mariage, peuvent être poursuivies sur ses paraphernaux.

4° Les dettes grevant une succession échue à la femme, même pendant le mariage, peuvent être poursuivies sur la pleine propriété de tous les biens qui en dépendent, et sur les biens paraphernaux.

SECTION III.

DE LA RESTITUTION DE LA DOT (art. 1564-1573).

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES. — DE LA PREUVE DE LA DOTATION.

905. Le mari n'est pas *propriétaire* de la dot; il n'en a que la jouissance et l'administration; elle lui a été apportée pour supporter les charges du mariage. La cause de la dotation cesse donc dès que le mari cesse de supporter les charges du mariage. Alors il (lui ou son héritier) doit rendre la dot à celui à qui elle appartient. La restitution de la dot a donc lieu : 1° en cas de dissolution du mariage (art. 1564, alin. 3); 2° en cas de séparation de corps ou de biens (art. 311 et 1563); 3° en cas d'absence déclarée de l'un ou de l'autre des époux (art. 123).

La femme et ses héritiers n'ont point de privilége pour la répétition de la dot sur les créanciers *antérieurs à elle* en hypothèque (art. 1572).

906. Ceux qui demandent la restitution de la dot doivent prouver qu'elle a été apportée au mari. Cette preuve peut se faire, d'après les règles générales, par la quittance du mari ou par témoins. Toutefois si le mariage a duré *dix ans* depuis l'échéance

des termes pris pour le payement de la dot, la femme ou ses héritiers pourront la répéter contre le mari après la dissolution du mariage, sans être tenus de prouver qu'il l'a reçue, à moins qu'il ne justifiât de diligences inutilement par lui faites pour s'en procurer le payement (art. 1569). Cette disposition est fondée sur une présomption de négligence, qui s'élève contre le mari, lorsqu'il a laissé écouler plus de dix sans réclamer le payement de la dot. Aussi, le mari est-il admis à prouver qu'il n'y a pas eu de négligence de sa part. Ceux qui ont promis la dot ne peuvent pas invoquer en leur faveur la présomption de l'article 1569 pour repousser l'action par laquelle le mari réclame le payement de cette dot. L'action contre eux a la durée ordinaire de trente ans.

II. DE L'OBLIGATION DU MARI DE RESTITUER LA DOT.

A. *De la dot même.*

907. Suivant que le mari est devenu propriétaire ou qu'il n'est pas devenu propriétaire des choses constituées en dot, il doit restituer ou la *valeur* ou les choses *dotales* en *nature* (articles 1551, 1562, 587, 1566, alin. 2). Les objets qui doivent être rendus en nature seront restitués dans l'état où ils se trouvent, sauf la responsabilité du mari pour les détériorations arrivées par sa faute.

Ainsi, si les meubles dont la propriété reste à la femme ont dépéri par l'usage et sans la faute du mari, il ne sera tenu de rendre que ceux qui resteront, et dans l'état où ils se trouveront. Et néanmoins la femme pourra, dans tous les cas, retirer les linges et hardes à son usage actuel, sauf à précompter leur valeur, lorsque ces linges et hardes auront été primitivement constitués *avec estimation*. Si la dot comprend des obligations ou constitutions de rente qui ont péri, ou souffert des retranchements qu'on ne puisse imputer *à la négligence du mari*, il n'en sera point tenu, et il en sera quitte en restituant les contrats. Si un usufruit a été constitué en dot, le mari ou ses héritiers ne sont obligés, à la dissolution du mariage, que de restituer le droit d'usufruit, et non les fruits échus durant le mariage (articles 1566-1568).

L'augmentation de valeur ainsi que la diminution, arrivées par cas fortuit, sont pour le compte de la femme. Le mari peut demander la restitution de toutes les impenses nécessaires auxquelles l'usufruitier n'est pas tenu, et, en sa qualité d'administrateur, il peut répéter toutes les impenses utiles qui ont augmenté la valeur des biens dotaux.

908. Quant aux *délais* dans lesquels la restitution de la dot doit se faire, la loi distingue :

1° Si la dot consiste en immeubles ou en meubles non estimés par le contrat de mariage, ou bien mis à prix avec déclaration que l'estimation n'en ôte pas la propriété à la femme, le mari ou ses héritiers peuvent être contraints de la restituer sans délai, après la dissolution du mariage ou après la séparation de biens (art. 1564). Car ces choses doivent toujours se trouver en nature dans la possession du mari, et il ne mérite pas de ménagement si elles ne s'y trouvent pas;

2° Si la dot consiste en une somme d'argent, ou en meubles mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en rend pas le mari propriétaire, la restitution n'en peut être exigée qu'un an après la dissolution du mariage. Cette règle, fondée sur le motif d'équité, que le mari ne peut pas toujours avoir disponibles les capitaux dotaux, s'applique aussi au cas où les biens dotaux ont été valablement aliénés et à celui de la séparation de corps, mais non en cas de séparation de biens (art. 1444). Le bénéfice de ce délai ne peut pas être invoqué par le *tiers débiteur* ou détenteur de la dot.

B. *Des fruits des biens dotaux.*

909. A partir de la dissolution du mariage, ou de la *demande* en séparation de biens, ou du jugement d'envoi en possession provisoire, les intérêts et fruits des biens dotaux appartiennent *de plein droit* et sans demande en justice, par exception à l'article 1153, à la femme ou à ses héritiers. Si le mariage est dissous par la mort du mari, la femme a le choix d'exiger les intérêts de sa dot pendant l'an du deuil, ou de se faire fournir des aliments pendant ledit temps aux dépens de la succession du mari; mais, dans les deux cas, l'habitation durant cette année et les habits

de deuil doivent lui être fournis sur la succession, et sans imputation sur les intérêts à elle dus (art. 1570).

910. A la dissolution du mariage, les fruits des immeubles dotaux se partagent entre le mari et la femme ou leurs héritiers, à proportion du temps qu'il a duré, pendant la dernière année. L'année commence à partir du jour où le mariage a été célébré (art. 1571). C'est l'application à tous les fruits des biens dotaux, tant civils que naturels, réguliers qu'irréguliers (par exemple au croît des animaux), des dispositions sur le partage des fruits *civils* dans l'usufruit ordinaire (art. 586). Les frais de semence, de culture et de récolte se partagent dans la même proportion que les fruits.

III. DE L'OBLIGATION DE LA FEMME DE RAPPORTER LA DOT.

911. Si le mari était déjà insolvable, et n'avait ni art ni profession lorsque le père a constitué une dot à sa fille, celle-ci ne sera tenue de rapporter à la succession du père que l'action qu'elle a contre celle de son mari pour s'en faire rembourser (art. 1573, alin. 1). C'est une exception au principe de l'article 851 sur le rapport; mais, par identité de raison, il s'applique aussi au cas où la *mère* a doté la fille. Le motif de cette disposition, c'est qu'il serait injuste de faire supporter à la fille la perte d'une dot que son père a eu l'imprudence de constituer à un mari déjà insolvable, et qui n'avait ni métier ni profession qui lui tînt lieu de biens.

Si le mari n'est devenu insolvable que depuis le mariage, ou s'il avait un métier ou une profession qui lui tenait lieu de bien, la perte de la dot tombe uniquement sur la femme (art. 1573, alin. 2).

SECTION IV.

DES BIENS PARAPHERNAUX (art. 1574-1580).

912. La femme mariée sous le régime dotal se trouve, à l'égard de ses biens paraphernaux, dans une position analogue à celle de la femme séparée de biens. Les dispositions de cette

section sont presque une reproduction des articles 1536-1539 (nos 884-886).

913. Tous les biens de la femme qui n'ont pas été constitués en dot sont paraphernaux. Si tous les biens de la femme sont paraphernaux, et s'il n'y a pas de convention dans le contrat pour lui faire supporter une portion des charges du mariage, la femme y contribue jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. La femme a l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux ; mais elle ne peut les aliéner ni paraître en jugement à raison desdits biens, sans l'autorisation du mari, ou, à son refus, sans la permission de la justice. Si la femme donne sa procuration au mari pour administrer ses biens paraphernaux, avec charge de lui rendre compte des fruits, il sera tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire. Si le mari a joui des biens paraphernaux de sa femme, sans mandat, et néanmoins sans opposition de sa part, il n'est tenu, à la dissolution du mariage, ou à la première demande de la femme, qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors. Si le mari a joui des biens paraphernaux malgré l'opposition constatée de la femme, il est comptable envers elle de tous les fruits tant existants que consommés. L'opposition ne doit pas être faite par un acte judiciaire ; elle peut résulter de toute preuve écrite témoignant de la résistance de la femme et de l'usurpation du mari. (Cass. fr., 13 nov. 1861, D., 1862, 1, 367.) Le mari qui jouit des biens paraphernaux est tenu de toutes les obligations de l'usufruitier (art. 1574-1580).

APPENDICE.

913 *bis*. D'un bon contrat de mariage dépendent souvent le repos et la prospérité des familles. On ne peut pas dire, d'une manière générale, quel est le meilleur contrat de mariage ; cela dépend des circonstances de fait dans lesquelles les futurs époux se trouvent.

Nous signalons surtout les points suivants à l'attention de ceux qui pourraient être consultés sur la rédaction d'un contrat de mariage.

1° De combien est la fortune actuelle de chacun des époux?

2° En quoi consiste-t-elle? Est-elle mobilière ou immobilière? Ou bien a-t-elle pour objet des parts dans des sociétés, des établissements industriels ou commerciaux, dont la liquidation pourrait être une conséquence du décès de l'un des époux.

3° Si l'un des époux est engagé dans une société, quels sont, d'après le contrat social, les droits de ses héritiers ou ayants-cause?

4° Les époux ont-ils des espérances, et, selon les prévisions probables, ont-elles pour objet des valeurs mobilières ou immobilières?

5° Quelle est la profession du mari? Est-elle de nature à compromettre la fortune de la femme? La femme exerce-t-elle un commerce ou une industrie?

6° Les époux ont-ils encore des ascendants au moment de leur mariage? Car les ascendants, quel que soit leur degré, peuvent être éventuellement réservataires et former un obstacle aux dispositions que l'un des époux voudrait faire au profit de son conjoint;

7° Il faut prévoir le cas de dissolution *avec* et *sans* postérité;

8° Il faut prévoir le cas de secondes noces, quoique ce point soit quelquefois délicat à toucher;

9° En laissant l'usufruit au conjoint survivant, ne pas trop facilement le dispenser de fournir caution, alors surtout que les biens soumis à l'usufruit sont mobiliers; ou tout au moins prendre des dispositions pour l'emploi des valeurs mobilières. Nous n'ignorons pas que ce point est encore plus délicat que le précédent. Mais l'expérience prouve malheureusement que souvent le conjoint survivant dissipe la fortune mobilière de ses enfants, dont il a l'usufruit;

10° Pour le cas où il y a des enfants, il convient de ne pas épuiser la quotité disponible au profit du conjoint survivant, et de lui laisser le gain de survie plutôt en usufruit qu'en propriété. Car il peut y avoir un ou plusieurs enfants moins heureux ou moins bien doués par la nature que les autres, et vers les-

quels doit se tourner toute la sollicitude paternelle et maternelle;

11° Si la fortune des époux le permet, il convient de laisser au survivant les meubles meublants qui garnissent la maison mortuaire, afin qu'il ne soit pas obligé de subir la vente des objets qui, pendant de longues années peut-être, ont servi à l'usage commun des époux;

12° Il faut toujours fixer par *quotité* ou par *quote-part* des biens l'avantage que l'on veut attribuer au conjoint survivant, et ne jamais faire dépendre ses droits ou son gain de survie de la *nature* (*mobilière* ou *immobilière*) des biens. Ainsi, il ne faut jamais dire que le survivant aura le *mobilier* ou les *immeubles*, ou telle quote-part du mobilier ou des immeubles de la communauté. Car il est impossible de prévoir, lors du mariage, de quelle manière la communauté sera composée au moment de sa dissolution, et il peut arriver, comme il est arrivé souvent, qu'une semblable disposition produise un résultat contraire à l'intention des deux époux;

13° Lorsque les époux stipulent une communauté *conventionnelle*, il importe de bien *spécifier* quels sont les biens qui doivent y entrer, et quels sont ceux qui en sont exclus. Il faut être circonspect dans le choix des termes, et éviter des expressions trop vagues, telles que rentes, capitaux, obligations, fonds publics, etc., dont le sens peut donner lieu à des discussions. Il vaut mieux indiquer spécialement la nature de chaque espèce de valeurs que l'on a en vue, et dire, par exemple : capitaux de rentes non exigibles, créances exigibles hypothécaires ou chirographaires, rentes sur l'État ou sur les États étrangers, actions industrielles ou de sociétés financières, obligations de chemins de fer, de sociétés industrielles, commerciales ou financières;

14° Lorsque l'un des époux ou tous les deux ont des enfants d'un précédent mariage, il est toujours prudent, sous quelque régime qu'ils se marient, de constater par un acte en due forme le mobilier qu'ils apportent lors du mariage, ainsi que celui qui pourra leur échoir pendant le mariage, afin d'épargner, soit à eux-mêmes, soit à leurs enfants, les difficultés auxquelles pourrait donner lieu l'application des articles 1496 et 1527 du code civil.

TITRE VI.

DE LA VENTE. (Art. 1582-1701.)

---

914. La source de ce titre est le droit romain, et particulièrement le *Traité du contrat de vente*, de Pothier.

CHAPITRES I, II & III.

DE LA NATURE ET DE LA FORME DE LA VENTE, DES PERSONNES QUI PEUVENT ACHETER OU VENDRE ET DES CHOSES QUI PEUVENT ÊTRE VENDUES. (Art. 1582-1601.)

I. DE LA NATURE DU CONTRAT DE VENTE.

915. La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer (art. 1582). La vente est un contrat consensuel, parfait par le *seul* consentement des parties, synallagmatique et à titre onéreux. (Voy. nº 8.)

916. Cette définition, exacte d'après le droit romain, n'est plus conforme aux principes du code; car l'obligation du vendeur ne se borne plus, comme en droit romain, à *livrer* la chose et à en garantir à l'acheteur la *paisible possession* (*ut rem emptori habere liceat*; fr. 30, § 1, D., *De actionibus empti venditi*, 19, 1), mais il doit *transférer* à l'acheteur la *propriété*, toutes les fois que la vente a pour objet une chose sur laquelle le droit de propriété, dans le sens strict du mot, peut exister. La puissance sur la chose que le vendeur transfère à l'acheteur doit être une puissance de *droit* et de fait; sinon ce dernier peut se refuser à l'exécution de ses obligations. Le changement que le droit français a apporté au caractère de la vente résulte du principe de l'article 1599, que la vente de la *chose d'autrui* est nulle. En droit romain, l'acheteur ne pouvait pas se plaindre de l'inexécution

des obligations du vendeur, tant qu'il conservait la paisible possession de la chose, et, quand même il aurait découvert que la chose vendue était d'autrui, il ne pouvait en refuser le payement, excepté en cas de dol du vendeur. En droit français, l'acheteur peut refuser le payement, et même demander la nullité de la vente dès qu'il a établi que la chose vendue était d'autrui, quand même il n'aurait aucun sujet de craindre une éviction et que le vendeur aurait été de bonne foi; car, en ce cas, le vendeur n'a pas exécuté son obligation de transférer la propriété.

Mais, s'il est vrai que la transmission de la propriété est aujourd'hui de la *nature* de la vente (*naturale negotii*), elle n'en est pas un élément *essentiel* (*essentiale*); car, autrement, la vente ne pourrait jamais se faire sans garantie; une stipulation de non-garantie serait incompatible avec l'obligation de transférer la propriété. Or, les articles 1627 et 1629 autorisent formellement la stipulation de non-garantie.

917. La propriété de la chose vendue passe à l'acheteur par le seul effet du contrat et au moment où les parties sont d'accord sur le prix et l'objet de la vente (art. 1583, 711, 1138, et *suprà*, n° 56). A la différence du droit romain, l'acheteur acquiert donc immédiatement un droit *réel* sur la chose, sans que la tradition ou le payement préalable du prix soit nécessaire. (Bruxelles, 1er février 1865, P., 1865, 396.) L'article 1583 dit : « La vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit *à l'acheteur à l'égard du vendeur*, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. » Lorsque les auteurs du code ont rédigé le titre *de la Vente*, ils n'étaient pas encore fixés sur le point de savoir si la propriété était transmise aussi à l'égard des *tiers* par le seul effet de la convention ou bien s'il fallait la transcription. Cette question fut réservée au titre *des Hypothèques*, et, pour ne pas la préjuger, l'article 1583 ne s'est occupé que de la transmission de la propriété *entre les parties*.

Les parties peuvent valablement convenir que l'acquisition de la propriété par l'acheteur sera suspendue jusqu'à l'expiration d'un délai déterminé (Cass. belge, 26 juillet 1872, P., 1872, 452), ou jusqu'à l'entier payement du prix. (Liége, 3 janvier 1863, P., 1863, 95.)

En **France** la transmission de la propriété immobilière, à l'égard des *tiers*, est réglée par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, art. 1 et 3, et en **Belgique** par l'article 1er de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851.

Dans les ventes *mobilières*, en vertu du principe qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, l'acheteur, à qui la délivrance n'a pas été faite, n'est pas propriétaire, à *l'égard du tiers* auquel le vendeur aurait vendu et *livré* la même chose (art. 1141, et *suprà*, n° 56).

La transmission immédiate de la propriété ne peut avoir lieu qu'autant que la chose vendue est *déterminée dans son individualité*. Ainsi, dans les ventes de marchandises faites au compte, au poids ou à la mesure, la propriété n'est acquise à l'acheteur qu'après le comptage, le mesurage ou le pesage.

II. DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA VENTE.

918. Quatre éléments sont nécessaires pour former le contrat de vente : 1° le consentement ; 2° des personnes capables d'acheter et de vendre ; 3° une chose ; 4° un prix.

A. *Du consentement.*

1. DU CONSENTEMENT EN GÉNÉRAL.

919. Pour que la vente soit parfaite, il faut que le consentement des parties porte sur la *chose*, le *prix*, les *modalités* et la *nature* du contrat. (Bordeaux, 17 mai 1870, D., 1870, 2, 206.) L'erreur sur les qualités substantielles de la chose vicie le consentement comme l'erreur sur la chose même. (Voy. *suprà*, nos 16 et 17.)

Lorsque les parties ont fait une convention qui offre de l'analogie avec la vente, et même dans la forme de la vente, sans avoir eu l'intention, l'une de transférer la propriété de la chose, l'autre de l'acquérir et de la payer, il n'y a pas de vente, bien que cette convention puisse avoir de l'effet sous d'autres rapports.

2. DE LA PROMESSE DE VENTE.

920. Il faut distinguer les différentes promesses de vente possibles :

1° La promesse de vente *non acceptée* (*pollicitatio*). Elle est sans effet, d'après l'ancien droit et le droit moderne (voy. *suprà*, n° 10);

2° La promesse unilatérale de vendre, sans fixation de prix. Suivant Pothier, n° 481, elle est valable et le prix doit être fixé par des experts. Mais elle est nulle et doit être considérée comme un simple pourparler, une proposition, qu'il ne faut pas confondre avec la promesse de vendre (voy. *infrà*, n° 962);

3° Une promesse unilatérale de vendre, avec détermination du prix. L'engagement est accepté d'autre part, mais la vente n'est pas encore consentie. Une partie s'est *obligée à vendre* une chose à l'autre, mais l'autre ne s'est pas encore *engagée à l'acheter*. Trois opinions s'étaient autrefois formées sur l'effet de cette promesse. Suivant les uns, elle était une obligation *de faire* et ne donnait lieu qu'à des dommages-intérêts en cas d'inexécution. Suivant Pothier, n°s 479 et 480, l'accepteur de la promesse pouvait faire prononcer par la justice que, faute par le prometteur de passer le contrat de vente, la sentence vaudrait contrat de vente et qu'il serait permis à l'accepteur de saisir la chose et de s'en faire mettre en possession par suite du jugement. Pothier atteste que c'était l'opinion suivie en pratique. D'autres encore considéraient cette promesse comme une *obligation de donner*, en vertu de laquelle celui au profit duquel la promesse avait été faite pouvait immédiatement demander la délivrance de la chose, sans que le *jugement se substituât au contrat*. Les trois opinions étaient d'accord sur la force obligatoire d'une promesse semblable.

921. Quel est, sous le code, l'effet d'une promesse de vente non synallagmatique? L'article 1589 ne décide rien; il s'occupe de la promesse réciproque. La promesse non synallagmatique est valable (art. 1107; *suprà*, n° 7). Elle ne constitue pas une obligation de donner (art. 1138), mais une obligation de faire, puisque les parties n'étaient pas encore d'accord sur la transmission de la propriété. Merlin, *Rép.*, v° *Vente*, § VII, n° 5, sou-

tient à tort que cette promesse est sans effet; car cette promesse est une proposition de vente, avec engagement, de la part de celui qui veut vendre, de ne pas vendre la chose à un autre avant d'avoir une réponse de celui à qui il a fait la proposition. Rien ne s'oppose à la validité de cette promesse. (Troplong, n° 116; Duvergier, n° 122; Zachariæ, § 349; Cass. fr., 22 janv. 1868, D., 1868, 1, 170.) Ainsi, tant que la vente n'a pas été acceptée, l'auteur de la proposition demeure propriétaire. L'acceptation n'a pas d'effet rétroactif. Mais, si au moment où l'accepteur de la promesse en demande l'exécution, le promettant est encore propriétaire de la chose, la justice peut y attribuer l'effet admis par Pothier et indiqué au n° 920.

922. 4° Des promesses de vente synallagmatiques. « La promesse de vente *vaut vente* lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix », dit l'article 1589. — Dans l'ancienne jurisprudence, il y avait beaucoup d'obscurité et de divergence d'opinions sur les effets de la promesse de vente. (Troplong, n°s 125-129.) Les rédacteurs du code ont voulu, par l'article 1589, mettre un terme à l'incertitude qui régnait dans cette matière.

923: La promesse de vente acceptée fait-elle passer la propriété et les risques de la chose à l'accepteur? Il faut, avant tout, suivre l'intention des parties, telle qu'elle résulte d'une saine interprétation de leur contrat. En l'absence de toute clause particulière, il faut décider que l'accepteur acquiert la propriété par l'effet seul de la promesse de vente. (Zachariæ, § 349; Duranton, n° 51; Duvergier, n° 124; Colmet de Santerre, t. VII, n° 10 *bis*, II; Laurent, XXIV, n°s 12-16.)

Motifs : 1° La disposition formelle et littérale de l'article 1589, qui ne fait pas d'exception et à laquelle aucun principe général ni aucune autre disposition de la loi ne commandent de faire une restriction; 2° Le législateur connaissait toute l'obscurité et toutes les controverses qui avaient régné dans cette question sous l'ancien droit, et il voulait y mettre un terme. Il n'aurait fait que perpétuer l'obscurité si, tout en assimilant la promesse de vente à la vente même, il avait entendu y attacher un autre effet qu'à la vente même, sans toutefois définir cet effet; 3° Si la promesse de vente n'a pas, sous tous les rapports, les effets de la vente,

on peut se demander quel effet elle aurait alors. Troplong dit que le code n'a attribué à la promesse de vente que l'effet qu'elle avait dans l'ancien droit, c'est-à-dire de la rendre *obligatoire* et de faire que le vendeur pût être contraint *recta via*, sans détour, à livrer la chose, et l'acquéreur à solder le prix. Mais l'ancienne jurisprudence attachait à la promesse de vente tous les effets qui étaient *alors* attribués à la vente, c'est-à-dire de faire naître une action en délivrance, qui coïncidait avec l'action de passer contrat de vente. Ces effets étaient moins étendus que ceux de la vente sous le code civil. Or, de deux choses l'une : ou bien, et c'est là l'interprétation la plus rationnelle, la législation nouvelle, en assimilant la promesse de vente à la vente, a voulu y attacher les effets que la *vente* a actuellement, et alors la propriété passe à l'acheteur; ou le code considère la promesse de vente comme constituant une obligation de livrer, mais pas encore comme une vente parfaite; et encore, dans ce cas, la propriété de la chose serait transmise en vertu de l'article 1138. (Voy. *suprà*, n° 56; Laurent, XXIV, n° 21.)

924. La promesse de vendre dans un délai déterminé, par exemple dans un an, est-elle translative de propriété dès à présent?

Si le terme n'a pas été ajouté pour fixer l'époque de *l'exécution* de la vente, il faut décider que la promesse de vendre n'a pas encore les effets de la vente; car l'intention contraire résulte de ce que les parties ont stipulé un délai entre la promesse de vendre et la vente même; elles n'ont donc pas encore voulu contracter une vente actuellement. (Duvergier, n° 125; Colmet de Santerre, t. VII, n° 10 *bis*, III.)

3. DES ARRHES.

925. Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçues, en restituant le double (art. 1590). Cette disposition est une restriction de l'article 1589. Quel que soit l'effet que l'on attribue à la simple promesse de vente, toutes les opinions s'accordent à la considérer comme une convention dont aucune des deux parties ne peut discéder sans le consentement de l'autre. Il en est autrement

lorsque des *arrhes* ont été données : de sorte qu'une promesse accompagnée d'arrhes a moins de force obligatoire qu'une promesse simple non suivie d'arrhes. Cette disposition est la reproduction de la thèse, soutenue par plusieurs auteurs et fondée sur une interprétation erronée du pr. J., *De emptione et venditione,* 3, 23, que les arrhes ont le caractère d'un *dédit*. (Voy. Maynz, *Cours de droit romain,* § 259, note 15.)

Si la promesse de vente a été exécutée, les arrhes doivent être rendues de part et d'autre, ou elles doivent être déduites en à-compte de ce que l'une ou l'autre partie doit donner. La restitution doit avoir également lieu de part et d'autre, si la promesse a été résiliée de commun accord, ou si l'exécution en est devenue impossible sans la faute de l'une des parties. La chose vendue est aux risques du vendeur jusqu'à la conclusion définitive du contrat.

926. Quel est l'effet des arrhes ajoutées non pas à la promesse de vente, mais à la vente même, ou à tout autre contrat?

Les opinions des auteurs diffèrent. Zachariæ, § 349, dit que « la réserve *de se départir* du contrat, qu'il s'agisse d'une promesse de vente ou d'une vente actuelle, résulte implicitement du fait de la remise et de la réception d'arrhes; que la règle posée dans l'article 1590 s'applique, *ex ratione legis,* à la vente même et à d'autres contrats, par exemple le louage, parce que la remise et la réception d'arrhes réduisent, en pareil cas, le contrat à une simple promesse de vendre ou de louer, etc. » Il considère donc la véritable *arrha* comme *pœnitentialis,* comme un *dédit*. Cependant, il fait observer qu'il ne faut pas confondre avec les *arrhes proprement dites,* ni les arrhes données en signe de conclusion définitive du contrat (*denier à Dieu*), ni les sommes payées par forme d'à-compte sur le prix; mais que, s'il s'élevait une question sur la nature et la signification des arrhes données, il faudrait, dans le doute, présumer pour les arrhes proprement dites, donc pour l'*arrha pœnitentialis* ou le *dédit*. Troplong, nº 141, se prononce dans le même sens; dans le doute, il admet le dédit. Mais, lorsqu'il y a vente actuelle et terme, par exemple, pour l'exécution, quoique les arrhes aient été données, il n'admet pas le *dédit;* il considère alors les arrhes comme un à-compte. (*Vente,* nºs 144, 145.)

D'après Demante, n° 263, et Duranton, n° 50, les arrhes ajoutées au contrat doivent, dans le doute, être interprétées comme un signe de *marché conclu* et n'autorisent pas les parties à s'en départir. Duranton admet avec Pothier, n° 510, que, lorsque les arrhes sont de minime valeur, par exemple un sou ou un liard marqué, il faut présumer qu'elles ne sont que symboliques et données en signe de perfection du contrat; qu'elles ne sont donc pas un dédit.

927. Voici, en résumé, les règles qui nous semblent être celles du droit français :

1° L'intention bien établie des parties est le premier guide; 2° il faut admettre que les arrhes sont un dédit quand elles ont été ajoutées à une *promesse de contracter*, soit une vente, soit tout autre contrat (Lyon, 2 juillet 1875, D., 1876, 5, 176); 3° ajoutées à une convention *conclue* et *arrêtée*, les arrhes ne sont pas *pœnitentiales*. Car en principe les conventions lient ceux qui les ont formées (art 1134) et les arrhes ne sont pas comprises parmi les causes pour lesquelles la loi autorise à se départir unilatéralement d'une convention. On ne peut ici suppléer la pensée du législateur ni par le droit romain, qui n'admettait pas non plus le *jus pœnitentiæ*, ni par la jurisprudence antérieure, qui était indécise, ni par les usages, qui variaient.

Quant à la question de savoir si, dans le doute, il faut présumer qu'il y a eu contrat ou simplement *promesse de contracter*, la circonstance de la remise et de la réception d'arrhes est sans influence sur sa décision. Cette question se décidera sur d'autres moyens de preuve, et quand elle sera décidée, on jugera de la signification des arrhes.

4. DES MODALITÉS DU CONSENTEMENT.

928. La vente peut être faite purement et simplement, ou sous une condition soit suspensive, soit résolutoire. Elle peut aussi avoir pour objet deux ou plusieurs choses alternatives. Dans tous ces cas, son effet est réglé par les principes généraux des conventions (art. 1584, et *suprà*, n°s 96-114).

B. *Des personnes qui peuvent acheter ou vendre* (art. 1594-1597).

INTRODUCTION.

929. Pour pouvoir acheter ou vendre, il faut : 1° avoir la capacité de contracter en général (art. 1123); 2° n'être pas frappé d'une prohibition spéciale d'acheter ou de vendre.

Les lois indiquent plusieurs interdictions spéciales dans d'autres matières auxquelles elles se rapportent plus directement; par exemple : code de procédure, art. 692, 693; code communal, art. 444.

Les incapacités dont il s'agit ici sont relatives; elles frappent certaines personnes, l'une à l'égard de l'autre, ou à l'égard de certaines choses.

930. Bien que la capacité d'acheter ou de vendre soit la règle et que l'incapacité doive être fondée sur une disposition spéciale de la loi, il ne faut pas considérer les prohibitions portées dans le chapitre II de ce titre du code comme *dérogatoires* au droit commun. Elles sont établies en partie comme conséquences d'autres principes généraux de droit, en partie pour mieux assurer la réalisation d'autres principes. Il résulte de là qu'il ne faut pas toujours les interpréter restrictivement. Ainsi, l'incapacité peut résulter de l'esprit de ces dispositions sans être prévue par le texte littéral.

1. DE LA VENTE ENTRE ÉPOUX (art. 1595).

a. *Règle.*

931. En règle, le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux. Plusieurs motifs ont dicté cette prohibition. D'abord, le législateur a voulu empêcher que l'un des époux ne cédât trop facilement à l'influence que l'autre pourrait acquérir sur lui, et dont il pourrait abuser pour obtenir des transactions irrévocables, déguisant des libéralités, et par lesquelles il pourrait éluder le principe de la révocabilité des donations que les époux se font pendant le mariage (art. 1096). Ensuite, sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, les époux pourraient trop facilement

éluder les règles restrictives sur les donations et se faire des libéralités excédant la quotité disponible, au préjudice de leurs enfants (art. 1094, 1098). Ils auraient, de plus, un moyen facile de soustraire leurs biens respectifs à leurs créanciers personnels. (Exposé des motifs par Portalis, n° 15, Locré, XIV, 148.)

b. *Exceptions à cette règle.*

932. Exceptionnellement la vente entre époux est admise, lorsqu'il y a une cause légitime. Il y a cause légitime, lorsque l'un des époux est réellement créancier de l'autre. Si dans ce cas la prohibition de la vente était rigoureusement maintenue, l'époux débiteur devrait vendre ses biens à un étranger pour payer sa dette à son conjoint. Le législateur admet alors la vente, qui est plutôt une dation en payement, afin que les époux puissent conserver leurs biens pour leurs enfants. (Discours de Grenier au Corps législatif, n° 14, Locré, XIV, 240.)

933. L'article 1595 prévoit *trois* cas dans lesquels la vente est permise :

1° Celui où l'un des deux époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en payement de ses droits. C'est le cas de la liquidation d'une association dissoute. La faculté d'acheter ou de vendre, pour faciliter le payement de ce qui est dû par le mari ou par la femme, est réciproque (art. 1444).

934. 2° Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté. Dans ce cas il n'y a pas de *réciprocité*. La vente ne peut avoir lieu que lorsque le mari ou la communauté sont devenus débiteurs de la femme du chef de ses propres. (Bourges, 25 janvier 1871 et Cass. fr., 2 juillet 1873, D., 1871, 2, 171 et 1873, 1, 464.) La loi accorde une protection plus grande à la femme qu'au mari. La vente ne peut pas avoir lieu lorsque la femme est devenue débitrice du mari ou de la communauté ; par exemple, si le prix d'un immeuble du mari a servi à payer une dette immobilière de sa femme (art. 1478).

La loi exige que les deniers ou les immeubles pour le remploi desquels la vente est faite, ne tombent pas dans la communauté.

Car si ces immeubles ou deniers tombaient en communauté, il n'y aurait pas de dette du mari ou de la communauté envers la femme, et le remploi serait sans objet. Le mari en vendant à la communauté, dont il est maître et seigneur, vendrait en quelque sorte à lui-même. Le n° 2 de l'article 1595 n'est pas limitatif, il est seulement indicatif.

935. 3° Le cas où la femme cède des biens à son mari en payement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté. Par la promesse de la dot la femme se constitue débitrice envers le mari; si elle ne peut pas payer la somme promise, elle peut céder d'autres objets en payement.

Cette disposition s'applique à tous les cas où la somme promise en dot par la femme ne tombe pas en communauté, quel que soit d'ailleurs le régime sous lequel les époux sont mariés; ainsi elle s'applique au régime dotal, au régime sans communauté, à la communauté réduite aux acquêts et à la clause de réalisation.

Mais pourquoi la loi borne-t-elle la possibilité de la vente à ces cas et ne l'étend-elle pas à celui où les époux sont mariés sous le régime de la communauté, et où la femme a promis un apport? C'est alors surtout que le mari a intérêt à ce que le payement de l'apport soit effectué, puisqu'il en devient propriétaire pour moitié. (Voy. *suprà*, n°s 814 et suiv.)

Il est aussi difficile de donner un motif rationnel de cette disposition que d'en expliquer la présence dans le code. Le projet primitif du code ne contenait que les n°s 1 et 2 de l'article 1595. Dans le projet soumis à la discussion du conseil d'État, se trouvait le n° 3, ainsi rédigé : « Celui où la femme cède des biens à son mari en payement d'une créance qu'elle aurait antérieurement apportée en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté. » Déjà au conseil d'État, on ne comprenait pas bien cette disposition, et après une discussion sur son sens entre Regnauld, Jollivet, Réal et Tronchet, ce dernier proposa de supprimer le n° 3, et de rédiger ainsi le n° 1 : « *Celui où l'un des époux cède à l'autre des biens en payement de ses droits.* » L'article 1595 fut adopté avec cet amendement. (Séance du conseil d'État du 30 frimaire an XII, n° 15, Locré, XIV, 50, 51.)

Mais cette rédaction ne fut pas conservée dans le texte du projet présenté au tribunat; on ignore pour quels motifs. Ce projet fut le même que celui soumis au conseil d'État. Le Tribunat substitua aux mots : *qu'elle lui aurait antérieurement apportée en dot*, les mots du texte : « *qu'elle lui aurait promise en dot.* » (Observations du Tribunat, n° 9, Locré, XIV, 126, Troplong, *Vente*, n° 182.)

936. Dans les trois cas exposés sous les n°s 933-935, la vente peut avoir lieu entre époux, « sauf les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect », dit la disposition finale de l'article 1595.

En ce qui concerne l'*effet* de la vente entre époux, il faut distinguer les deux hypothèses.

1° La vente a eu lieu dans un des cas autorisés par l'article 1595. En principe, elle ne peut pas être attaquée. Cependant, il est possible que la vente déguise une libéralité voulue par les parties. Exemple : La femme, qui a promis une dot de 10,000 fr., cède en payement un immeuble qui en vaut 25,000. La différence de la forme ne peut pas servir à éluder le principe de la révocabilité des donations faites pendant le mariage, proclamé par l'article 1096. La vente peut être révoquée par l'époux même, au moins pour la partie qui constitue évidemment une libéralité. Cette thèse n'est pas en contradiction avec ce qui est dit au n° 931. Les héritiers à réserve peuvent en demander la réduction, si la réserve a été entamée. Les créanciers personnels de l'époux vendeur peuvent l'attaquer, si elle est préjudiciable à leurs intérêts (art. 1167). (Cass. fr., 11 mai 1868, D., 1868, 1, 456.)

937. 2° La vente a eu lieu hors des trois cas autorisés par la loi. Comme *vente* elle est nulle, ou plutôt annulable pendant dix ans à partir de la dissolution du mariage (art. 1304, 2253). La nullité peut être poursuivie par les époux eux-mêmes ou par leurs héritiers ou ayants cause. Mais la vente peut valoir comme donation déguisée, si telle était l'intention des époux, et si l'acte de vente a été *revêtu des formalités de la donation*. Toutefois, dans ce cas, la vente est révocable par l'époux donateur, réductible par les héritiers à réserve, si leur réserve est entamée, et attaquable par les créanciers antérieurs à l'acte. Mais elle conserve ses effets à l'égard des créanciers dont le titre est postérieur à la vente et

à l'égard des héritiers non réservataires du vendeur. Car les époux peuvent faire indirectement ce qu'ils auraient pu faire directement. (Zachariæ, § 351, notes 15 et 16; Duranton, nos 153, 154. *Contrà,* Laurent XXIV, n° 41).

2. DE LA VENTE ENTRE MANDANT ET MANDATAIRE (art. 1596).

938. Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées, les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle; les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre; les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins; les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère (art. 1596; code de procédure civile, art. 711; loi **belge** du 15 août 1854, art. 48).

Les personnes énumérées dans cet article sont chargées de vendre les biens qu'il leur est défendu d'acheter. Le législateur n'a pas voulu que leur intérêt personnel pût être aux prises avec leur devoir. Les défenses portées par le code existaient déjà sous l'empire du droit romain, dont les dispositions étaient encore plus sévères et plus étendues, en défendant à tout fonctionnaire civil ou militaire d'acheter des immeubles dans la province où il exerçait ses fonctions.

En **Belgique**, par dérogation à l'article 1596 du code civil, les bourgmestres et échevins des communes intéressées peuvent se rendre adjudicataires des biens mis en vente en exécution des articles 1er et 3 de la loi du 25 mars 1847 sur le *défrichement des terrains incultes.* (Voy. t. I, n° 911.)

Ils peuvent également se rendre adjudicataires, soit des terrains incultes, soit des terrains préparés au défrichement, en vertu de l'article 15 de la même loi, et mis en vente par les communes.

L'adjudication des lots au profit des bourgmestres et des échevins doit être soumise à l'approbation de la députation permanente du conseil provincial (loi du 25 mars 1847, art. 14).

939. Anciennement, les tuteurs pouvaient acheter, si la vente se faisait par les enchères publiques, *sub hasta.* Le code le défend, afin d'empêcher qu'ils n'écartent les enchérisseurs en donnant de mauvais renseignements et afin qu'ils ne négligent pas la chose dans le but de la déprécier et de l'acquérir ensuite à

vil prix. La défense s'applique aussi aux expropriations forcées. La prohibition ne s'étend pas au *subrogé tuteur;* car le subrogé tuteur n'administre pas les biens du mineur (voy. t. I, n° 750 et Cass. fr., 21 déc. 1852, D., 1852, 1, 314), ni au tuteur qui possède des biens par indivis avec le mineur. (Voy. t. I, n° 750, et Pau, 14 août 1866, D., 1867, 2, 120 et Aix, 27 janvier 1870, D., 1872, 2, 53.)

Le curateur d'un mineur émancipé et le conseil judiciaire d'un prodigue ne peuvent pas acheter par vente volontaire les biens de ceux dont ils ont la curatelle (art. 484, 513) : *Nemo potest esse auctor in rem suam.* Rien ne s'oppose à ce qu'ils se rendent adjudicataires sur expropriation forcée. Car ils n'administrent pas, comme le tuteur, et ne peuvent pas négliger la chose pour la déprécier. (Duranton, n°s 135, 136; Zachariæ, § 351, n° 2, note 1.)

940. La vente faite contrairement à la défense de l'article 1596 est nulle, qu'elle ait été faite au profit des personnes mêmes qui y sont désignées, ou par personnes interposées. La nullité ne peut pas être invoquée par l'acquéreur, mais seulement par le vendeur et ses créanciers ou ayants cause. (Troplong, n° 194; Duranton, n° 139; Liége, 24 avril 1872, P: 1872, 312.)

La loi n'établit pas de présomption légale sur les *personnes interposées*. Les présomptions établies sur l'interposition de personnes par les articles 911 et 1100, lorsqu'il s'agit de donations prohibées, ne sont pas applicables ici. L'appréciation en est abandonnée au juge.

3. DES PROHIBITIONS PORTÉES PAR L'ARTICLE 1597.

941. Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts (art. 1597).

La prohibition concernant les *défenseurs officieux* s'applique aujourd'hui aux *avocats*, dont l'ordre, supprimé par le décret des 2-11 septembre 1790, a été rétabli par la loi du 22 ventôse an XI (13 mars 1804), postérieurement à l'adoption définitive du titre *de*

la Vente, et organisé par le décret du 14 décembre 1810. Cette prohibition n'est pas applicable à l'agent d'affaires, plaidant en commerce et devant juges de paix, si le droit cédé est de la compétence exclusive du tribunal civil. (Bruxelles, 1er février 1875, B. J., t. 33, 420.)

Le législateur a voulu empêcher que les gens attachés à la justice ne fassent abus de ces cessions : d'un côté, en intimidant le débiteur ; de l'autre côté, en engageant les créanciers à céder leurs droits à des personnes plus familiarisées avec les lois et la procédure.

L'origine de cette disposition se trouve dans le droit romain. Une constitution de Dioclétien et de Maximien défend de céder des créances à une personne qui, par sa puissance ou sa position sociale, serait un adversaire plus onéreux ou plus dangereux pour le débiteur, la *cessio in potentiorem*. (L. 1, 2, C., *Ne liceat potentioribus*, etc., 2, 14.) Les anciennes ordonnances françaises ont toujours prohibé aux juges, à tous ceux qui exercent quelque fonction de justice ou quelque ministère près les tribunaux, de se rendre cessionnaires de droits litigieux de la compétence du tribunal où ils exercent leurs fonctions. L'article 1597 établit un droit plus positif que celui qui avait existé jusqu'alors, en indiquant avec précision les personnes qui sont comprises dans la prohibition, et en déterminant les droits litigieux dont la cession leur est interdite. (Exposé des motifs, n° 17 ; discours du tribun Grenier, au Corps législatif, n° 13, Locré, XIV, 139 et 239.)

942. Le code ne définit pas ce qu'il entend dans cet article par *droits* et *actions litigieux*. On ne peut pas y appliquer la définition restreinte de l'article 1700. Pour qu'un droit soit litigieux, dans le sens de l'article 1597, il n'est pas nécessaire qu'il y ait *procès* antérieur à la cession. La loi dit : *procès*, *droits* et *actions litigieux*. Le droit est litigieux, s'il y a des circonstances qui font craindre un procès. Le juge a une grande latitude d'appréciation. (Zachariæ, § 359 *quater*, note 5 ; Duranton, n° 141 ; Troplong, n° 200 ; Cass. fr., 6 août 1874, D., 1875, 1, 269.) La cession est nulle lorsqu'elle a été faite par des personnes interposées. La raison est la même que dans l'article précédent. Pour qu'une semblable cession soit *nulle*, il faut que le droit ait été susceptible d'une contestation sérieuse au moment de la passation

du contrat. (Liége, 2 décembre 1863, B. J., t. 23, 1420.)

943. Quant aux effets de la vente prohibée par cet article, il faut distinguer :

1° Pour le *cessionnaire*. Il ne peut pas faire valoir son droit. Le débiteur le repoussera par l'exception de nullité de la cession. Le cessionnaire n'aura donc pas qualité pour le poursuivre. S'il le fait, il sera condamné aux dépens et aux dommages-intérêts, s'il y a lieu. Il n'a pas d'action non plus contre le cédant en exécution du contrat de cession ;

2° Pour le *cédant*. Il n'a pas d'action contre le cessionnaire en payement du prix. Mais il peut répéter les titres de la créance. (Troplong, n° 196 ; Zachariæ, § 359 *quater*.) D'après Duranton, n° 145, le cédant ne peut pas demander la nullité contre le cessionnaire pour rentrer dans sa créance. Mais cette conséquence conduirait indirectement à la libération du débiteur, et ce n'est pas là ce que la loi a voulu. D'ailleurs la prohibition de cet article a aussi bien pour but de protéger les créanciers que de protéger le débiteur. (Discours au Corps législatif, n° 13, Locré, XIV, 239.)

3° Pour le *débiteur*. Sa dette n'est pas éteinte. Le droit romain et les anciennes ordonnances prononçaient l'extinction de la dette dans ce cas et dans des cas analogues, par exemple si le tuteur s'était fait cessionnaire d'une créance contre son pupille ; mais cette rigueur n'a jamais été suivie dans les pays de coutume. (Toullier, II, n° 1232.) Aujourd'hui aucune disposition de loi ne prononce la libération du débiteur ; mais celui-ci peut exercer le retrait litigieux en vertu de l'article 1699, et alors le cessionnaire ne peut pas lui opposer la nullité de la cession. Le débiteur peut opposer au cessionnaire la nullité de la cession. (Duranton, n° 145.)

C. *Des choses qui peuvent être vendues.*

1. RÈGLES GÉNÉRALES.

944. En principe, tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation (art. 1598 ; 538-540 ; 1128, et *suprà*, n° 32).

Une chose peut être dans le commerce par *sa nature*, et la

vente peut en être défendue dans des circonstances particulières, par exemple l'immeuble dotal, ou à l'égard de certaines personnes.

945. Pour qu'une chose puisse être l'objet d'une vente, il faut, en règle, qu'elle existe *au moment du contrat;* si elle avait cessé d'exister en ce moment, ou si elle n'avait jamais existé, il n'y aurait pas de vente (art. 1601, alin. 1). Cependant la convention pourrait avoir des effets différents, selon les distinctions suivantes : 1° si les deux parties ignoraient la perte, la vente serait nulle et toutes les choses devraient être remises dans leur état primitif, sans dommages-intérêts; 2° si le vendeur connaissait la perte ignorée de l'acheteur, il devrait restituer le prix avec des dommages-intérêts (art. 1382); 3° si l'acheteur connaissait la perte ignorée du vendeur, il devrait à ce dernier la réparation du dommage qu'il lui aurait causé en passant avec lui un acte nul; mais il ne devrait pas payer le prix; 4° si les deux parties connaissaient la perte, il n'y aurait pas de vente et il n'y aurait pas lieu aux dommages-intérêts.

Dans les deux derniers cas, l'acheteur pourrait-il répéter le prix payé? Duranton, n° 183, et Troplong, n° 253, disent non, parce que : *Dolus cum dolo compensatur.* Duvergier, n° 239, se prononce pour la restitution du prix, comme chose indûment payée; il se fonde sur l'article 1376. On ne peut pas admettre la dernière opinion parce que, pour répéter ce qui a été indûment payé, il faut que l'on ait payé par erreur, ce qu'on ne peut pas supposer ici. Bien que le code ne proclame pas la maxime de la compensation du dol, il faut admettre la première opinion, parce que l'acheteur, qui a payé sachant qu'il ne devait pas, est censé avoir voulu faire une libéralité. (Voy. *suprà,* n° 468.)

946. Si une *partie* seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation (art. 1601, alin. 2). Cette règle est contraire au droit romain (fr. 57, D., *De contrahenda emptione,* 18, 1.)

Quant à l'effet de la vente, il ne faut admettre la règle de l'article 1601, alin. 2, que dans le cas où les deux parties, et dans celui où l'acheteur ignoraient la perte partielle. Mais si les deux parties, ou si l'acheteur seul, connaissaient la perte partielle, la

vente ne pourrait plus être abandonnée par lui ; l'acheteur, qui connaissait l'état de la chose est censé l'avoir achetée dans l'état où elle se trouvait. Il devrait payer la totalité du prix.

947. La validité de la vente ne dépend pas toujours de l'existence *actuelle* de la chose. On peut aussi vendre des choses *futures* (art. 1130). La vente d'une chose future peut avoir pour objet une simple espérance (*emptio spei*); par exemple, un coup de filet, un billet de loterie ; ou bien une chose qui, d'après le cours ordinaire des choses humaines, doit avoir une existence future (*emptio rei speratæ*). Cette dernière est conditionnelle. Si la chose vendue ne vient pas du tout à existence, la vente est nulle ; par exemple, la vente des fruits futurs d'un champ. (Fr. 8, pr., § 1, D., *De contrahenda emptione*, 18, 1 ; fr. 11, § 18 *in fine*, et fr. 12, D., *De actionibus emti venditi*, 19, 1.)

948. On ne peut pas acheter sa propre chose ; semblable vente serait nulle, parce qu'elle serait sans objet ; *quod meum est, meum amplius fieri nequit* (fr. 16, pr., D., *De contrahenda emptione*, 18, 1). Mais je puis acheter la *possession* de ma propre chose, ou l'usufruit ou tout autre droit appartenant à autrui sur ma chose (fr. 16, § 1, fr. 34, § 4, D., *eodem*). Je puis aussi acheter ma propre chose pour le cas où elle cesserait de m'appartenir (fr. 61, D., *eodem*).

949. On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement (art. 1600, voy. *suprà*, n° 34).

2. SPÉCIALEMENT DE LA VENTE DE LA CHOSE D'AUTRUI (art. 1599).

a. *Définition et introduction historique.*

950. En droit romain le vendeur n'étant pas obligé à transférer la propriété de la chose à l'acheteur, il pouvait valablement s'engager à livrer la chose d'autrui ; en d'autres termes, on pouvait vendre la chose d'autrui (fr. 28, fr. 34, § 3, D., *De contrahenda emptione*, 18, 1 ; fr. 30, § 1, D., *De actionibus empti et venditi*, 19, 1).

L'ancienne jurisprudence suivait en cette matière le droit romain. (Pothier, *Vente*, n° 1.)

D'après le code, la vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui (art. 1599).

La rédaction du projet primitif et celle de la section de législation du conseil d'État ne déclaraient nulle la vente de la chose d'autrui que lorsque cette circonstance était déclarée dans le contrat : « La vente de la chose d'autrui, *encore qu'elle soit qualifiée telle dans le contrat* », disait l'article 18 du projet. Au conseil d'État, Treilhard et Berlier demandaient le retranchement des mots : *encore qu'elle soit qualifiée telle dans le contrat,* par le motif que la vente de la chose d'autrui devait être nulle dans tous les cas, et que la distinction faite dans l'article n'avait de l'importance que pour régler les suites de l'inexécution du contrat. Le consul Cambacérès craignait que le principe de la nullité absolue de la vente de la chose d'autrui n'embarrassât dans beaucoup de cas; il proposait donc de maintenir les règles du droit romain pour l'hypothèse où la chose vendue n'aurait pas été annoncée dans le contrat, comme appartenant à un tiers. L'article fut adopté. La disposition finale de l'article portait : « Cependant le vendeur sera toujours obligé à la restitution du prix avec les intérêts. » La section du Tribunat approuvait le principe qui proclamait la nullité de la vente de la chose d'autrui; mais elle proposait de le restreindre au cas où l'acheteur et le vendeur savaient également que la chose appartenait à autrui, et de ne pas l'admettre si l'acquéreur ignorait que la chose vendue n'appartenait pas à son vendeur; elle proposait donc de rédiger l'article ainsi :

« La vente de la chose d'autrui, encore qu'elle soit qualifiée telle dans le contrat, est nulle et n'est point obligatoire, sauf la disposition relative à la non-délivrance et à l'éviction en faveur de l'acquéreur de bonne foi, etc. » Dans la conférence entre la section de législation du conseil d'État et celle du Tribunat, les deux modifications ont été écartées, et la nullité de la vente de la chose d'autrui a été prononcée d'une manière générale. (Séance du conseil d'État du 30 frimaire an XII, n° 21; Observations du Tribunat, n° 11, Locré, XIV, 51-53; 127.)

Le motif qui a fait adopter cet article, c'est que la vente, ayant pour objet la transmission de la propriété de la chose vendue à l'acheteur, cette transmission ne peut pas avoir lieu lorsque le vendeur lui-même n'est pas propriétaire de la chose. (Rapport au Tribunat, n° 18; Discours au Corps législatif, n° 15, Locré, XIV, 196, 241.)

951. Qu'entend-on par la vente de la chose d'autrui? L'hypothèse que le législateur a eue devant l'esprit en rédigeant l'article 1599 est celle où quelqu'un vend *un corps certain et déterminé, dont il n'est pas propriétaire,* par exemple, l'immeuble A. L'article 1599 ne s'applique pas à la vente d'une chose fongible; par exemple, cent litres d'huile, parce que le *genus* n'a pas de propriétaire. (Discours au Corps législatif, n° 15, Locré, XIV, 242.)

952. Malgré les termes formels de l'article 1599, on ne peut pas dire que *la convention par laquelle on vend la chose d'autrui* soit nulle, en ce sens qu'elle soit, entre les parties contractantes, destituée de tout effet. En partant du point de vue que la vente suppose nécessairement la transmission de la propriété de la chose vendue, on peut dire qu'une semblable convention n'est pas, *à la rigueur,* une vente dans le sens de la loi. Mais il n'est pas moins vrai que cette convention produit plusieurs effets que la loi attache précisément à la *vente;* qu'elle produit des effets admis par la loi, qui ne peuvent pas être expliqués par les principes sur les dommages-intérêts établis par l'article 1382. La vente de la chose d'autrui est valable en ce sens, qu'elle produit les effets d'une convention, qu'elle fait naître des *droits* et des *obligations,* dont on ne saurait expliquer l'existence par la simple thèse de la nullité de cette vente.

b. *Des effets de la vente de la chose d'autrui.*

953. Il faut distinguer :

A. Pour le véritable *propriétaire* de la chose. — Il est évident que la vente de la chose d'autrui ne peut porter aucun préjudice au droit du propriétaire, qui conserve son action en revendication contre tout possesseur. (Fr. 28, D., *De contrahenda empt.*, 18, 1.)

954. *B*. Pour l'*acheteur*. — Il faut distinguer :

1° Pour l'acheteur de bonne foi : *a*. Il a un titre *ad usucapiendum* par la possession de dix ou vingt ans (art. 2265, 2266). (Rouen, 3 juillet 1867, D., 1868, 2, 59.) Par conséquent il peut intenter l'action *publicienne* contre toute personne qui, pendant le cours de la prescription, se mettrait en possession de la chose sans titre, ou en vertu d'un titre plus mauvais que celui de l'acheteur. Ce dernier possesseur ne pourrait pas lui opposer la nullité

de son titre, si de son côté il n'en alléguait un meilleur. (Troplong, n° 235.) *b*. Il fait siens les fruits recueillis avant de connaître les vices de son titre (art. 549, 550). *c*. Si, par suite d'une action revendicatoire du propriétaire, l'acheteur est évincé de la chose, il a le recours en garantie contre le vendeur, qui doit lui payer les dommages-intérêts déterminés par les articles 1630 à 1634. (Cass. fr., 8 mai 1872, D., 1873, 1, 479.) Ces dommages-intérêts sont ceux que la loi attache à l'*inexécution d'une convention* (art. 1146, 1147, 1148-1150; *suprà*, n°s 74-78). Si la convention est tout à fait nulle, comment peut-on expliquer que la loi y attache les effets d'une convention valable, mais inexécutée? *d*. Dans le cas où l'acheteur n'aurait pas encore payé le prix, il pourrait repousser l'action en payement par l'exception de nullité de la vente. Cependant, il faudrait qu'il fût déjà prouvé que la chose vendue était d'autrui. Un simple trouble ou la crainte d'un trouble dans sa possession l'autoriserait seulement à *suspendre* le payement du prix ou à demander caution (art. 1653). *e*. L'acheteur qui a été mis en possession et qui n'a encore éprouvé aucun trouble peut demander, par action principale, l'annulation du contrat et la restitution du prix, ce qu'il ne pouvait faire, d'après le droit romain, que dans le cas où le vendeur avait *sciemment* vendu la chose d'autrui à l'acheteur de bonne foi (fr. 30, § 1, D., *De actionibus empti venditi*, 19, 1). (Duranton, n° 177; Troplong, n° 231; Zachariæ, § 351, n° 3; Cass. fr., 8 déc. 1873, D., 1874, 1, 128.)

955. L'acheteur peut-il encore demander la nullité de la vente si le vendeur est devenu propriétaire de la chose postérieurement à la vente, par exemple, comme successeur à titre universel, ou à titre particulier, ou par suite de la prescription acquise par sa possession jointe à celle de l'acheteur? Zachariæ, § 351, enseigne que la nullité n'est pas couverte dans ce cas. Duranton, n° 179, et Troplong, n° 236, disent que l'action en nullité ne pourrait plus être admise si le vendeur avait acquis la propriété *avant que la demande en nullité fût intentée*. (Cass. fr., 30 déc. 1872, D., 1873, 1, 437.)

On ne saurait admettre la distinction faite par Duranton et Troplong. Les raisons qui peuvent faire rejeter la demande en nullité intentée lorsque le vendeur *a déjà acquis* la propriété

s'appliquent avec la même force au cas où le vendeur a acquis la propriété *pendant l'instance*. Il faut décider que l'action en nullité est éteinte si le vendeur acquiert la propriété postérieurement au contrat et *avant* le jugement. (Liége, 23 juillet 1859, P., 1860, 205.) Voici pour quels motifs : 1° la nullité de l'article 1599 n'est pas d'ordre public; 2° l'action de l'acheteur est sans intérêt juridique. Il ne peut pas demander de dommages-intérêts, puisque le contrat a été exécuté; l'acheteur obtient ce qu'il a voulu obtenir; 3° si l'acheteur était troublé par un tiers, il devrait, pour exercer son recours en garantie, en cas d'éviction, appeler le vendeur et le mettre en cause (art. 1640). Le vendeur peut proposer tous les moyens pour faire rejeter la demande du tiers; par exemple la prescription, lors même qu'elle ne serait acquise que depuis la vente, par suite de l'*accessio possessionis*. Le législateur aurait été inconséquent s'il eût eu l'intention de ne pas accorder au vendeur la faculté de proposer contre l'action principale en nullité de l'acheteur les mêmes moyens de défense (pour valider la vente) qu'il aurait pu proposer étant appelé en garantie contre l'action revendicatoire d'un tiers.

Ainsi, supposons qu'après l'action revendicatoire, de la part du propriétaire, le vendeur appelé en garantie ait repoussé la revendication par l'exception de légitime propriété acquise postérieurement à la vente. Le jugement le constate et déclare la revendication non fondée par le motif que le revendicant avait aliéné ses droits au profit du vendeur. L'acheteur pourrait-il alors se prévaloir de ce même jugement, qui constate que son vendeur n'était pas encore propriétaire de la chose au moment de la vente, et en demander la nullité pour ce motif? Et le vendeur n'aurait-il pas le droit de le repousser par l'exception que la nullité est couverte, que l'acheteur a même gagné son procès contre le revendicant, et qu'il ne peut donc plus avoir d'inquiétude sur son droit? Ce serait certainement pousser plus loin que le législateur n'a voulu le faire les conséquences du principe de nullité de la vente de la chose d'autrui. (Laurent, XXIV, n[os] 120, 121.)

956. 2° Effets pour l'acheteur de mauvaise foi. Il ne peut pas demander des dommages-intérêts (art. 1599). Les articles 1630

à 1634, qui déterminent les obligations du vendeur en cas d'éviction doivent être limités par l'article 1599, dans le cas où l'acheteur a sciemment acheté la chose d'autrui. (Pau, 26 février 1868, D., 1868, 2, 132; Alger, 24 janv. 1868 et sur pourvoi, Cass. fr., 12 avril 1869, D., 1872, 1, 31.) Mais il peut demander la simple restitution du prix (arg. art. 1629), sauf la stipulation de non-garantie. Si l'acheteur n'avait pas encore payé le prix, il ne pourrait pas être poursuivi en payement, le vendeur ne pouvant fonder aucun droit sur un acte nul (art. 1599).

957. *C*. Pour le *vendeur*. Que le vendeur ait vendu la chose d'autrui de bonne foi ou de mauvaise foi, les deux effets suivants ont toujours lieu : 1° il ne peut pas exciper de la nullité contre l'action en exécution du contrat; 2° il ne peut jamais demander la nullité de la vente par action principale. *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*

Zachariæ, § 351 3°, et Duvergier, n° 220, pensent que le vendeur peut opposer la nullité lorsqu'il a été de bonne foi. Mais le texte de l'article 1628 exclut toute action et toute exception du vendeur ayant pour but d'annihiler son propre engagement. Il est vrai que dans le cas où la vente n'a pas encore été exécutée, et où l'acheteur en demande l'exécution, l'effet est le même, que le vendeur oppose la nullité ou qu'il déclare simplement ne pas pouvoir exécuter le contrat. Dans les deux cas, il est tenu aux mêmes dommages-intérêts (art. 1599, 1630-1634). Quant aux effets particuliers, il faut distinguer : 1° si le vendeur a été de bonne foi, il doit les dommages-intérêts déterminés par les articles 1630-1634, sauf le cas où l'acheteur lui-même était de mauvaise foi; 2° si le vendeur a été de mauvaise foi, il doit des dommages-intérêts plus étendus (art. 1635).

958. Quelqu'un peut valablement vendre la chose d'autrui sous la condition qu'il en deviendra propriétaire.

Ce n'est pas vendre la chose d'autrui que de vendre une chose sur laquelle on n'a qu'un droit résoluble, sauf les dommages-intérêts si on a laissé ignorer à l'acheteur la nature de son droit.

Lorsqu'on vend la chose d'autrui comme telle, en se portant fort que le propriétaire ratifiera le contrat, il faut appliquer l'article 1120. (*Suprà*, n° 48.)

L'article 1599 ne s'applique à la vente de meubles qu'avec les modifications nécessaires résultant des articles 2279 et 2280.

D. *Du prix.*

959. Il n'y a pas de vente sans prix. Le prix doit consister en argent; mais le contrat de vente ne perd pas son caractère si, par suite, l'acheteur a donné en payement une autre chose. C'est la *conclusion* de la convention, et non pas l'exécution qui lui donne son caractère propre (art. 1582, 1702, 1706). Si le prix consiste en partie en argent, en partie en autre chose, le caractère de la convention se détermine d'après l'importance respective de l'un ou de l'autre. Lorsque le prix consiste moitié en argent, moitié en autre chose, il faut présumer que les parties ont voulu faire une vente. (Duranton, n° 118.) On peut vendre moyennant un prix une fois payé, ou moyennant une rente, soit constituée, soit viagère.

960. Le prix doit être *sérieux* et *certain*.

Le prix est *sérieux* (*verum*) lorsque les parties ont l'intention respective de l'exiger et de le payer. Si cette intention n'existe pas, le contrat ne constitue pas une vente, mais une donation. Il y a vente lorsque l'intention d'exiger et de payer le prix a réellement existé au moment de la convention, bien que le vendeur fasse, postérieurement au contrat, remise du prix à l'acheteur.

Il ne faut pas confondre le prix *sérieux* avec le *juste prix*, c'est-à-dire proportionné à la valeur de la chose. Le prix est sérieux lorsque les parties ont *réellement voulu faire une vente*. La loi n'exige pas que le prix soit juste (*justum*). Le prix peut être sérieux sans être proportionné à la valeur de la chose. Dans ce cas, il y a vente, parce que la convention présente toutes les conditions voulues pour la vente. Mais, si les circonstances prévues par la loi se réunissent, une semblable vente peut être résiliée pour cause de lésion. Il peut aussi résulter des circonstances de fait, et notamment de l'exiguïté du prix, que cette vente n'a pas été sérieuse, et alors elle peut être déclarée nulle pour défaut de prix. (Duranton, n° 104; Troplong, n° 150.) Pour que la vente et l'acte qui en a été dressé soient valables, il n'est pas

nécessaire que le prix soit *allégué*. Ainsi, l'acte est valable si le vendeur y déclare avoir reçu de l'acheteur le payement du prix à sa satisfaction, et dont il lui donne quittance par le même acte.

961. Le prix doit être *certain* et *déterminé*, ou tout au moins les parties doivent être d'accord sur la manière de le déterminer (art. 1591). Il n'y a pas de vente, tant que la fixation du prix est encore au pouvoir du vendeur ou de l'acheteur, parce qu'il n'y a pas encore consentement ni lien de droit. Le prix est déterminé, quoique le montant ne soit pas encore connu des parties au moment du contrat, s'il n'est plus au pouvoir de l'une d'elles de l'augmenter ou de le diminuer. Ainsi, la vente est valable si je vous vends une chose pour la somme que vous avez en ce moment dans votre coffre-fort. (Troplong, n° 152.) Mais la vente est nulle si elle a eu lieu pour le prix que la chose *vaut*, ou pour le *juste prix*, à moins qu'il ne s'agisse de choses qui ont un cours, par exemple le froment. (Duranton, n° 106; Troplong, n° 152.)

962. La fixation du prix peut être laissée à l'arbitrage d'un tiers (art. 1592). A la différence du droit romain (fr. 25, pr., D., *Locati*, 19, 2; § 1, I., *De emptione et venditione*, 3, 24), le code ne prescrit pas que le tiers doit être *désigné* dans la convention. Mais cela résulte de la nature des choses, puisque aussi longtemps qu'il n'est pas désigné, chaque partie peut empêcher l'arbitrage, en ne se mettant pas d'accord avec l'autre sur le choix de l'expert. Le texte de l'article 1592 le prouve aussi : « s'il ne *veut* ou ne *peut* pas, il n'y a pas *vente* », dit-il. (Rennes, 26 janv. 1876, D., 1877, 2, 107; Bordeaux, 6 fév. 1878, D. 1879, 2, 38; Laurent, t. XXIV, n° 76; Troplong, n° 157.) Le choix ne peut pas être fait par le juge, si les parties n'en sont pas expressément convenues. Une fois que les parties sont convenues du tiers, l'une partie ne peut plus changer son choix. La fixation du prix peut être laissée à deux arbitres. La vente est nulle si l'un n'accepte pas ou s'ils ne s'entendent pas, à moins que le cas n'ait été prévu et réglé dans la convention.

La vente dont le prix a été laissé à l'arbitrage d'un tiers est *conditionnelle;* si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente (art. 1592). L'estimation doit être faite suivant la valeur au jour de la conclusion du contrat. Si l'estimation

au jour du contrat est devenue impossible, il n'y aura pas de vente, faute d'accomplissement de la condition.

963. Y a-t-il recours contre l'estimation de l'arbitre désigné? Oui, lorsqu'il y a lésion admise par la loi comme cause de la rescision du contrat. L'article 1674 ne distingue pas. (Pothier, nº 24; Troplong, nº 158.) Si le tiers a doleusement estimé la chose au-dessous ou au-dessus de sa valeur sans qu'il y ait lésion de sept douzièmes, la vente ne peut pas être attaquée, mais le vendeur ou l'acheteur ont une action en dommages-intérêts contre le tiers. (Voy. *suprà*, nº 23)

III. DE LA FORME DE LA VENTE ET DE LA MANIÈRE DONT ELLE SE CONSTATE (art. 1582, 1583, 1589).

964. La vente est parfaite par le seul consentement, qui peut être donné verbalement ou par écrit. Aucune forme n'est requise, excepté pour la vente d'un navire, qui doit être faite par écrit (code de commerce, art. 195), et sauf les dispositions de l'article 1er de la loi **française** du 23 mars 1855 et de la loi **belge** du 16 décembre 1851, sur la vente et la transcription des ventes d'immeubles Les actes dont parle le code ne sont que les moyens de preuve, qui sont régis par les principes généraux sur la preuve des obligations. Il suit de là que l'existence de la vente est indépendante de la validité de l'acte qui la constate. En cas de nullité de l'acte, la vente peut être prouvée par d'autres moyens, par exemple même par témoins, si l'objet n'excède pas 150 francs. Il suit encore de là que la vente n'est pas moins parfaite et obligatoire dès le moment de sa conclusion, bien que les parties soient convenues que l'acte serait rédigé par écrit, à moins que cette convention n'ait été formellement ajoutée pour suspendre encore la conclusion du contrat. La disposition des lois romaines, pr. I., *De emptione et venditione*, 3, 24, et loi 17, C., *De fide instrumentorum*, 4, 21, d'après lesquelles une semblable convention suspend la vente même jusqu'à ce que le contrat soit rédigé par écrit, n'a pas été reproduite par le code. (Cass. fr., 10 mars 1868, D., 1869, 1, 145; Toulouse, 17 août 1872, D., 1872, 2, 221.)

IV. DE LA PERFECTION DE LA VENTE ET DE SES EFFETS.

A. *Règles générales.*

965. La vente est parfaite dès que les parties sont d'accord sur le prix et sur la chose, c'est-à-dire sur la prestation que chacune des parties doit faire (art. 1583, 1585, 1589).

Les effets de la perfection de la vente sont :

1° Chaque partie peut demander contre l'autre l'exécution du contrat;

2° La propriété de la chose est transmise à l'acheteur (n° 917);

3° La chose est aux risques et périls de l'acheteur (*suprà*, n° 57).

Si la vente a été faite sous une condition suspensive ou résolutoire, ou si elle a pour objet deux ou plusieurs choses alternatives, son effet est réglé par les principes généraux sur les conventions, exposés *suprà*, aux n°s 102-105 et 112 (art. 1584).

966. Parmi les ventes *conditionnelles* il faut ranger : 1° celle faite *ad gustum* et 2° la vente à l'*essai*.

1° La vente *ad gustum* est celle qui a pour objet du vin, de l'huile et d'autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat (art. 1587).

A la différence du droit romain, la condition de *dégustation* et d'*agrément* est *sous-entendue* dans la vente de ces choses; en droit romain, il fallait l'ajouter expressément (fr. 4, § 1, D., *De periculo et commodo*, 18, 6).

L'article 1587 ne s'applique qu'à la vente des choses que l'acheteur prend pour sa consommation et à son goût *individuel;* il ne s'applique ordinairement pas aux ventes commerciales, dans lesquelles la marchandise doit être de bonne et loyale qualité, laquelle peut être constatée par experts. (Brux., 22 juin 1864, B. J., t. 23, 925; P., 1865, 49.) Dans le cas de l'article 1587, la dégustation et l'agrément sont purement individuels.

Avant la dégustation et l'agrément, *il n'y a pas de vente;* c'est-à-dire, il n'y a pas d'engagement réciproque; il y a un autre contrat, qui oblige le *vendeur seul*. La chose est donc à ses risques jusqu'à l'agrément de la part de l'acheteur. L'agrément de

la chose peut être exprès ou tacite ; tacite, par exemple, en prenant livraison, par le payement sans réserve ou en négociant le connaissement.

967. 2° De la vente à l'*essai*. La vente faite à l'*essai* est toujours présumée faite sous une condition *suspensive* (art. 1588). La condition d'essai n'existe que lorsqu'elle a été expressément ajoutée.

Dans les ventes à l'essai, l'agrément de la chose dépend-il du goût individuel de l'acheteur? En règle générale, *non*. Duranton, n° 69, et Troplong, n° 108, ne voient pas de différence entre ce cas et celui de l'article 1587. Ils disent que l'essai est une condition purement potestative de la part de l'acheteur. C'est à tort: L'essai est fait pour examiner si la *chose est bonne;* c'est-à-dire si elle peut servir à l'usage auquel elle est destinée. Le vendeur peut, pour le prouver, provoquer un jugement d'experts. (Zachariæ, § 349.)

Cependant tout dépend de l'*intention* des parties. Quelquefois la vente à l'essai doit être assimilée à la vente avec dégustation ; il en est ainsi lorsque la chose doit, par sa nature et dans l'intention de l'acheteur, avoir des qualités particulières qui s'accordent avec ses goûts individuels, par exemple, un cheval, un vêtement ; alors l'acheteur peut la refuser si elle ne lui convient pas. (Duvergier, n° 101 ; Paris, 28 mai 1877, D., 1878, 2, 211.) Pendant l'essai, la chose est aux risques du vendeur. L'acheteur doit en user en bon père de famille, suivant sa destination. Il répond de toute faute.

968. Il ne faut pas confondre avec la vente *ad gustum*, ou la vente à l'*essai*, la vente faite sur *échantillon* (*ad specimen*). Elle est pure et simple. La conformité de la chose avec l'échantillon peut être constatée par experts. C'est le vendeur qui doit prouver la conformité. (Gand, 18 mars 1868, B. J., t. 26, 463 ; Liége, 17 juin 1871, P., 1871, 458.)

B. *Spécialement de la vente des marchandises en bloc, au poids ou à la mesure.*

969. Pour que la propriété de la chose vendue passe à l'acheteur et qu'elle soit à ses risques et périls, il faut que la

vente soit parfaite en ce sens qu'il doit être possible d'en déterminer le *prix* et l'*objet* (*quid, quale, quantum*). (Fr. 8, pr. D., *De periculo et commodo*, 18, 6.) Tant que la détermination d'un de ces éléments est encore en suspens, la vente ne produit pas tous ses effets.

Cette règle s'applique particulièrement à la vente des choses qui se fait au poids, au compte ou à la mesure. Il faut distinguer deux manières de vendre ces choses.

970. 1° De la vente *en bloc* (*per aversionem*). Il y a véritablement vente en bloc lorsqu'une certaine quantité de marchandises (par exemple tout le vin qui se trouve dans une cave) a été vendue pour un seul prix, sans qu'il soit besoin d'une opération postérieure pour déterminer soit la quantité, soit le prix. Ainsi, si, après une vente de ce genre, la quotité du prix dépendait encore d'un mesurage, comptage ou pesage, la vente ne serait pas en bloc. Dès que la véritable vente en bloc est conclue, les marchandises sont la propriété de l'acheteur et sont à ses risques.

L'article 1586, en disant : « Si les marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées », semble supposer que, même dans le cas d'une vente en *bloc*, il est nécessaire de peser, compter ou mesurer la quantité vendue. Mais tel ne peut pas être le sens des derniers mots de cet article, dont on n'explique pas bien la présence et qui ne se trouvent ni dans le projet primitif ni dans celui soumis à la discussion du conseil d'État. Ces mots doivent s'entendre, ou bien du cas où la mesure a été ajoutée par forme de démonstration (*demonstrationis causa*), et non pas pour la prendre pour base de la fixation du prix (fr. 13, § 14, D., *De actionibus empti venditi*, 19, 1); ou bien, ils peuvent s'entendre d'une quantité aversionale, usitée dans le commerce, mais que l'on peut vérifier, et de l'exactitude de laquelle le vendeur doit répondre, par exemple d'un hectolitre. L'acheteur peut alors faire la vérification de la mesure, et le vendeur est tenu de compléter ce qui y manque. (Troplong, n° 92.)

971. 2° On peut vendre *au poids*, *au compte* ou *à la mesure*. Tous ces cas ont cela de commun que la vente n'est parfaite, c'est-à-dire qu'on ne peut déterminer d'une manière précise le prix et la chose, qu'après le mesurage, comptage ou pesage.

(Cass. fr., 1er juillet 1874, D., 1876, 1, 473.) Il y a deux cas différents :

a. Le prix est convenu pour chaque mesure; par exemple, je vous vends cent pièces de vin à 100 francs la pièce; ou bien on a vendu un certain nombre, poids ou mesure, pour *un seul prix global;* par exemple, cent pièces de vin pour le prix de 10,000 francs. Le prix est déterminé, 10,000 francs. Mais ce qui ne l'est pas encore, c'est la *chose*. Il manque donc encore un élément pour que la vente soit parfaite. La chose ne peut être aux risques de l'acheteur que lorsqu'elle aura été pesée, comptée ou mesurée. On doit considérer cette vente comme étant composée d'autant de ventes séparées qu'il y a de pièces comptées ou mesurées. Ce qui a été mesuré est pour le compte de l'acheteur. Il importe peu, dans ce cas, que les choses doivent être prises dans un magasin déterminé, ou que le magasin ou l'endroit ne soit pas indiqué. (Troplong, n° 90.)

b. On a vendu une masse entière de marchandises, *à tant la mesure;* par exemple, tout le vin qui se trouve dans ma cave, à raison de 100 francs la pièce. Dans ce cas l'*individualité* de la chose est déterminée; mais ce qui ne l'est pas, c'est le *quantum* dont dépend la *quotité du prix*. Le prix se détermine à mesure que les choses sont comptées, pesées, etc.; dans la même proportion, elles sont aux risques de l'acheteur, parce que, à l'égard des pièces comptées, le prix est fixé. Mais la perte des marchandises qui ne sont pas encore pesées ou comptées est supportée par le vendeur. (Cass. fr., 26 avril 1870, D., 1871, 1, 11; Nancy, 10 août 1871, D., 1873, 1, 465.) Quelques auteurs pensent que, dans ce cas du moins, le *periculum deteriorationis* est pour le compte de l'acheteur; par exemple, avant le mesurage, le vin vendu est devenu aigre; l'acheteur n'en est pas moins tenu de le prendre. Cette opinion, bien que conforme aux principes sur les obligations conditionnelles, n'est pas d'accord avec le texte ni de la loi romaine, ni du code civil. L'article 1585, en disant que « les choses vendues sont aux risques du vendeur, jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées », ne distingue pas entre les risques de la perte totale et les risques de la détérioration, et aucune autre disposition de la loi n'autorise cette distinction. (Voy. Maynz, *Cours de droit romain*, § 210, note 12.)

CHAPITRE IV.

DES OBLIGATIONS DU VENDEUR. (Art. 1602-1649.)

SECTION PREMIÈRE.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

972. Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur (art. 1602). Cette disposition déroge à celle de l'article 1162, d'après lequel la convention s'interprète, dans le doute, contre celui qui a stipulé, et *en faveur* de celui qui a contracté l'obligation; car, dans les contrats synallagmatiques, chaque contractant est à la fois débiteur et créancier. (Cass. fr., 3 avril 1872, D., 1873, 1, 131.)

La règle qui précède, puisée dans le fr. 39, D., *De pactis*, 2, 14, et les fr. 21, 33 et 34 pr., D., *De contrahenda emptione*, 18, 1, est fondée sur le motif, que le vendeur connaît parfaitement tout ce qu'il vend et tous les accessoires, que c'est ordinairement *lui* qui propose les conditions de la vente (*lex venditionis*), et qu'il a donc dépendu de lui d'expliquer avec précision ce à quoi il voulait s'obliger, d'après les anciens proverbes : « *Qui vend dit le mot* » et « *L'entente est au diseur* »; Loysel, *Inst. cout.*, nos 402 et 369. Si les conditions de la vente s'écartaient des dispositions de la loi qui règlent les effets ordinaires (les *naturalia*) de ce contrat, il faudrait, dans le doute, les interpréter de manière à les rapprocher autant que possible des règles du droit commun, donc contre celui qui aurait stipulé ces modifications, quand même ce serait l'acheteur. (Discours au Corps législatif, n° 17, Locré, p. 242.)

L'article 1602 n'est que subsidiaire. Il faut d'abord suivre les règles générales d'interprétation tracées par les articles 1156-1164 (*suprà*, nos 40-41).

973. Le vendeur a deux obligations principales : celle de délivrer, et celle de garantir la chose qu'il vend (art. 1603).

SECTION II.

DE LA DÉLIVRANCE (art. 1604-1624).

I. DÉFINITION ET OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

974. La *tradition,* c'est la délivrance et le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur (article 1604);

La question de savoir ce que c'est que la délivrance et à quel moment elle est accomplie avait, sous l'empire du droit romain, une importance plus étendue qu'aujourd'hui. Car la délivrance ou tradition était nécessaire pour faire acquérir la propriété à l'acheteur. Aujourd'hui il est encore important, sous plusieurs autres rapports, de définir la délivrance et le moment où elle est accomplie, notamment : 1° pour pouvoir déterminer *quand* le vendeur a rempli son obligation; 2° pour déterminer *quand* l'acheteur doit payer le prix (art. 1612, 1651) et les intérêts (art. 1652); 3° pour juger si l'une des deux parties a le droit de demander la résolution du contrat pour cause d'inexécution de l'engagement de l'autre (art. 1184); 4° pour fixer l'époque à laquelle commence pour l'acheteur la possession et les effets qui y sont attachés (art. 1141, 2229, 2279; code de proc., art. 23).

Les dispositions sur la délivrance, tracées dans le titre *de la Vente,* s'appliquent à toutes les autres conventions translatives de propriété.

975. 1° De la délivrance des *immeubles.* Elle s'opère par la remise de l'immeuble sous la puissance de l'acheteur. L'article 1605 dit : « L'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété. » Cette rédaction n'est pas tout à fait exacte; car *a.* la remise des clefs d'un bâtiment ou des titres de propriété ne suffit pas toujours pour mettre la chose en la *possession et puissance* de l'acheteur. L'obligation de délivrer l'immeuble n'est accomplie dans ce cas que lorsqu'il se trouve sous la puissance de l'acheteur et que le vendeur en ait transmis *vacuam possessionem,* c'est-à-dire une

chose qui ne soit plus possédée ni détenue par personne; *b.* l'article dit disjonctivement : *lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment*, ou *lorsqu'il a remis les titres de propriété*. Le vendeur doit toujours remettre *les clefs* ET les titres de propriété. Ce sont les accessoires de la chose (art. 1615).

976. 2° De la délivrance des *meubles*. La délivrance des effets mobiliers s'opère, ou par la tradition réelle, ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent, ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre (art. 1606). Cette disposition n'est pas limitative. L'alinéa 3 de cet article dit que la délivrance de la chose s'opère *par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente*. Cependant il faut remarquer que dans ce cas la possession *réelle* de l'acheteur ne commence pas toujours, puisque la chose peut encore rester dans la puissance *réelle* du vendeur. *A son égard*, l'acheteur est en possession, mais non pas à l'égard *des tiers*. (Troplong, n° 281 ; Duranton, n° 191.)

977. 3° De la tradition ou délivrance des *droits incorporels*. Elle se fait, ou par la remise des titres qui établissent les droits du vendeur, par exemple en cas de transport-cession par la remise des titres de la créance, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur, par exemple en cas de vente d'une servitude, par l'exercice même du droit (art. 1607).

978. Dans les trois cas qui précèdent, la délivrance peut se faire par le seul consentement : 1° lorsque la chose vendue se trouve déjà sous la détention de l'acheteur, à un autre titre, par exemple de bail, de dépôt (*traditio brevi manu*); 2° lorsque le vendeur se constitue détenteur de la chose vendue pour l'acheteur, par exemple s'il continue de détenir la chose vendue à titre de bail (*constitutum possessorium*).

979. Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, s'il n'y a eu stipulation contraire (art. 1608 et 1603, et *suprà*, n° 175). Les frais de délivrance sont, par exemple, les frais de pesage et de mesurage; les frais d'enlèvement sont ceux qui sont nécessaires pour transporter l'objet vendu chez l'acheteur. (Colmet de Santerre, t. VII, n° 39 *bis*.)

II. OÙ, QUAND ET COMMENT LA DÉLIVRANCE DOIT S'OPÉRER.

980. La délivrance doit se faire au *lieu* où était, au temps de la vente, la chose qui en a fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu (art. 1609, et *suprà*, n° 174).

981. Du *temps* de la délivrance. La délivrance doit se faire au terme convenu. Si le terme n'a pas été fixé dans la convention, la chose doit être livrée quand l'acheteur le demande, pourvu qu'il paye en même temps le prix. Si la délivrance n'a pas lieu, par la faute du vendeur, l'acheteur a le choix de demander ou la résolution du contrat avec dommages-intérêts ou son exécution, ou bien, en cas de refus de livrer, la *mise en possession directe* (art. 1610-1612, et *suprà*, n° 106). Le jugement qui prononce la mise en possession de l'acheteur équivaut délivrance, à l'égard du vendeur. Si le vendeur n'y obéit pas, l'acheteur peut le faire mettre à exécution par la force publique (*suprà*, n° 55, et Troplong, n° 293). Que l'acheteur fasse l'une ou l'autre demande, il peut toujours exiger des dommages-intérêts conformément aux principes généraux. Les mots : « *si le retard ne vient que du fait du vendeur* », à la fin de l'article 1610, doivent être interprétés conformément aux principes généraux sur les obligations. Ainsi, il y aurait également lieu à l'application de l'article si le retard de la délivrance était la conséquence immédiate d'un cas fortuit, mais qui ne serait pas arrivé sans la faute du vendeur. (Voy. n°s 61-66.)

Si l'acheteur demande la résolution du contrat pour défaut de délivrance, le juge peut, selon les circonstances, accorder un délai au vendeur.

982. Dans certains cas, le vendeur n'est pas tenu de faire la délivrance : 1° s'il n'a pas donné de délai à l'acheteur et que celui-ci ne paye pas au moment même de la délivrance (art. 1612); 2° quand même il aurait accordé un délai pour le payement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix, à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme (art. 1613). (Cass. fr., 24 juin 1869, D., 1870, 1, 27, et sur renvoi, Montpellier, 15 juin 1870, D., 1871, 2, 95;

Cass. fr., 8 août 1870, D., 1871, 1, 331); 3° si l'acheteur ne donne pas les sûretés promises; 4° s'il diminue celles qu'il avait données au créancier (art. 1188); 5° si l'acheteur a obtenu un délai de grâce (art. 1184, 1655). Ce délai le met à l'abri de l'action en résolution, mais il ne peut pas priver le vendeur de l'*exceptio non adimpleti contractus*. (Zachariæ, § 354; Duvergier, n° 271.)

983. La chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente. Depuis ce jour, tous les fruits appartiennent à l'acquéreur. L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel (art. 1614, 1615). Jusqu'à la délivrance le vendeur doit veiller à la conservation de la chose avec tous les soins d'un bon père de famille. Il ne peut pas la changer. (*Suprà*, n°s 54 et 172.)

III. DE LA CONTENANCE (art. 1616-1623).

984. Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat (art. 1616). Cette règle doit être appliquée avec les modifications suivantes.

Il faut d'abord distinguer *deux* hypothèses *principales*.

985. I. La vente a pour objet un immeuble déterminé, avec indication de la contenance, et *à raison de tant la mesure,* soit que la fixation globale du prix ait été ajoutée ou non. *Tout* déficit ou *tout* excédant de contenance, quelque minime qu'il soit, donne lieu à une diminution ou à une augmentation du prix. Il faut distinguer deux cas :

A. Il y a *excédant* de contenance; l'acquéreur a le choix de fournir le supplément du prix, ou de se désister du contrat, si l'excédant est d'un vingtième au-dessus de la contenance déclarée (art. 1618).

B. La contenance *n'y est pas*. Distinguez :

1° L'acheteur n'exige pas le complément de la mesure. Le vendeur doit souffrir une diminution proportionnelle du prix;

2° L'acheteur exige le complément. Le vendeur doit le fournir. S'il ne le peut pas, il doit souffrir une diminution proportionnelle du prix (art. 1617). Mais, dans ce cas, l'acheteur a-t-il le droit de se désister du contrat? En règle générale *non*. (Troplong,

n° 330.) D'après les motifs indiqués dans le discours au Corps législatif, de Grenier, n° 21, cette faculté n'a pas été réservée à l'acheteur, parce qu'il est présumé avoir voulu acheter lorsqu'il y a une contenance moindre, puisqu'il avait voulu acquérir une plus grande; tandis que, lorsqu'il y a excédant de contenance, en forçant l'acquéreur à payer le supplément du prix, ce serait l'obliger à acheter plus qu'il n'aurait voulu et que peut-être il ne pourrait payer. (Locré, p. 245.) Cependant, il faut admettre, par analogie de l'article 1636, que l'acheteur pourra se désister du contrat dans le cas où il n'eût pas acheté s'il avait su que la contenance était en dessous de l'indication. C'est ce qui a lieu, par exemple, s'il avait acheté l'immeuble pour une destination à laquelle le défaut de contenance le rendrait impropre. (Laurent, XXIV, n° 191.)

986. II. La vente n'a pas été faite à tant la mesure, mais moyennant un prix global pour un immeuble déterminé, avec *indication de la mesure*. Il faut distinguer :

A. S'il y a entre la mesure réelle et l'indication une différence, en moins ou en plus, de moins *d'un vingtième,* il n'y a pas de recours de part ou d'autre (art. 1619).

B. Si la différence est d'un *vingtième ou de plus,* les parties doivent se tenir compte de la différence et augmenter ou diminuer le prix en conséquence : s'il y a lieu à augmentation de prix pour excédant de mesure, l'acquéreur a le choix ou de se désister du contrat, ou de fournir le supplément du prix, et ce, avec les intérêts, s'il a gardé l'immeuble (art. 1620); il pourrait même demander la résolution du contrat s'il y avait déficit, pour les motifs exposés au numéro précédent.

L'ancienne jurisprudence n'admettait la tolérance que pour *un trentième,* et cela seulement lorsque le vendeur s'était servi de l'expression *environ*. Le projet primitif du code proposait de porter la tolérance à un *dixième*.

987. Les règles du numéro précédent sont les mêmes, soit que la vente soit faite d'un corps certain et limité, soit qu'elle ait pour objet des fonds distincts et séparés, *soit qu'elle commence par la mesure, ou par la désignation de l'objet vendu suivie de la mesure* (art. 1619). Ces derniers mots ont été ajoutés pour décider une controverse des anciens auteurs, dont plusieurs voyaient

une différence entre l'hypothèse où le contrat de vente commençait par la *désignation* de l'immeuble et celle où il commençait par l'*indication* de la mesure. (Troplong, n° 338.)

988. La différence du vingtième doit se calculer sur le prix de la vente, et non sur la contenance, et il faut avoir égard à la *valeur* de la totalité des objets vendus (art. 1619).

S'il a été vendu deux fonds par le même contrat, et pour un seul et même prix, avec désignation de la mesure de chacun, et qu'il se trouve moins de contenance en l'un et plus en l'autre, on fait compensation jusqu'à due concurrence; et l'action, soit en supplément, soit en diminution du prix, n'a lieu que suivant les règles exposées aux n°s 980 et 981 (art. 1623).

989. Les parties peuvent, par stipulations particulières, déroger aux règles qui précèdent (art. 1619). Il faut distinguer :

1° Les parties sont convenues que la vente se fait *sans aucune garantie de contenance*. Si la vente a été faite *à tant la mesure* (n° 985), cette clause ne peut avoir aucune influence sur le prix, qui doit suivre la proportion de la contenance. Suivant Duranton, n° 225, elle pourrait avoir le sens que l'acheteur aurait renoncé à la faculté de se désister du contrat, s'il y avait un excédant d'un vingtième. Il est difficile de concilier cette interprétation avec le sens que les parties attachent ordinairement à la clause de non-garantie de la contenance et avec les motifs de cet article. Malgré l'article 1157, on ne saurait voir dans cette clause qu'une précaution surabondante de la part du vendeur, afin d'éviter toute espèce de réclamation ou de recours. Si la vente n'a pas été faite à tant la mesure (n° 986), alors la clause de *non-garantie* reçoit son application, quand même la différence serait au-dessus du vingtième; il n'y aurait pas lieu à recours. Le mot *environ*, ajouté à l'indication de la mesure, ne peut en général pas avoir le même effet que la clause de non-garantie (Troplong, n° 340);

2° Les parties sont convenues de se faire réciproquement raison du plus ou du moins de contenance. Les parties doivent se faire raison du déficit et de l'excédant de contenance quand même il serait *au-dessous du vingtième*. Mais on ne peut admettre d'une manière absolue que par cette clause l'acheteur renonce à l'action en rescision si l'excédant dépasse le vingtième.

990. Dans tous les cas où l'acquéreur a le droit de se désis-

ter du contrat, le vendeur est tenu de lui restituer, outre le prix, s'il l'a reçu, les frais de ce contrat (art. 1621).

991. L'action en supplément de prix de la part du vendeur, et celle en diminution de prix ou en résiliation du contrat de la part de l'acquéreur, doivent être intentées *dans l'année*, à compter du jour de la perfection du contrat, à peine de déchéance (article 1622). Si les parties avaient fixé un certain jour pour le mesurage, le délai de prescription n'en commencerait pas moins à courir du jour du contrat; le texte de l'article 1622 est formel, et le motif de la loi est de ne pas prolonger les inquiétudes sur des points dont la vérification est si facile et de ne pas rendre la propriété trop longtemps incertaine. Le délai court contre les mineurs, les interdits et les femmes mariées (arg. art. 2278, 1663, 1676). (Troplong, n° 349.)

Cette action se prescrit par un an, peu importe que l'action en supplément ou en diminution du prix ou en résolution du contrat soit fondée sur les dispositions de la loi, ou sur des stipulations particulières qui étendent ou restreignent les obligations sur la garantie de la contenance. (Troplong, n° 350.) La loi ne distingue pas, et il y a identité de motifs pour les deux cas. (Liége, 10 janv. 1871, P., 1871, 139.)

992. La règle de l'article 1622 ne doit pas être étendue aux choses mobilières. Sa disposition est exceptionnelle, et elle n'est portée que pour la vente d'immeubles. L'action pour déficit ou pour excédant de la délivrance en matière de meubles dure trente ans. (Troplong, n° 352; Duranton, n° 241.)

Cette prescription doit, de plus, être restreinte à l'objet auquel elle s'applique. Ainsi, par exemple, elle n'est pas applicable au cas où le vendeur d'un terrain revendique une partie au delà de la contenance promise, dont l'acheteur s'est emparé; ni au cas où le vendeur répète un excédant délivré par erreur; ni à celui où l'acheteur demande la délivrance de plusieurs parties de terre qu'il prétend avoir été comprises au nombre des biens vendus. (Cass. fr., 8 mai 1872, D., 1873, 1, 479.)

SECTION III.

DE LA GARANTIE (art. 1625-1649).

---

993. La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires (art. 1625). Cette définition est celle du droit romain; elle n'est plus exacte aujourd'hui; car le vendeur doit garantir non-seulement la possession paisible, mais la *propriété* de la chose vendue. (Voy. *suprà*, n° 950, 954.)

I. DE LA GARANTIE EN CAS D'ÉVICTION (art. 1626-1640).

A. *Définition et règles générales sur la garantie.*

994. L'obligation du vendeur n'est pas complétement accomplie par la *délivrance* de la chose vendue; il faut aussi que l'acheteur puisse continuer la possession d'une manière paisible et conforme à la convention, et que personne n'ait le *droit* de le troubler.

La garantie consiste dans l'obligation du vendeur de défendre l'acheteur contre tous troubles ou contre l'éviction totale ou partielle de la chose, et de le tenir indemne s'il est évincé en tout ou en partie.

Il y a *éviction* lorsque l'acheteur est obligé, en vertu d'un jugement, de délaisser la chose vendue, en tout ou en partie, par suite d'un droit de propriété ou d'un droit réel exercé par un tiers.

995. La garantie contre l'éviction est de droit. Elle résulte de la définition même de la vente. Elle n'est pas de l'essence (*essentiale*), mais de la nature de la vente (*naturale negotii*); elle peut donc être modifiée par des *stipulations particulières* (articles 1626-1627). Mais il est de l'essence de tout engagement librement consenti que celui qui l'a contracté ne peut pas impugner son propre fait. C'est pourquoi le vendeur, qui doit procurer et

maintenir à l'acheteur la possession et la propriété de la chose vendue, et qui doit, par conséquent, prendre sa défense (*le fait et cause*) lorsqu'il est troublé par un tiers, ne peut pas troubler lui-même l'acheteur. Il est toujours garant de son propre fait, et toute action en éviction de sa part pourra être repoussée par l'exception : *Quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*. Toute convention contraire est nulle, parce qu'elle détruit la vente dans son essence (art. 1628). (Liége, 18 mai 1867, P., 1867, 341.)

Ainsi, par exemple, quelqu'un a vendu un fonds en stipulant la non-garantie; il avait lésé de plus de sept douzièmes celui à qui il l'avait acheté; c'est son propre fait, dont il doit toujours garantie. (Cass. fr., 12 déc. 1826.) Sous le code, quelqu'un qui a été tuteur et grevé de l'hypothèque légale vend un immeuble sans garantie; il n'en doit pas moins garantir contre l'hypothèque provenant de son chef.

Ceux qui représentent le vendeur, ses héritiers ou sa caution, seront repoussés par la même exception.

996. *L'héritier partiaire* du vendeur, lorsqu'il revendique la totalité de la chose vendue comme à lui appartenante, peut-il être repoussé pour le tout? Quatre opinions se sont formées sur cette question :

1° L'héritier partiaire est non recevable pour le tout. Cette opinion se fonde sur l'indivisibilité de l'obligation de garantie. L'héritier du vendeur est obligé à un fait, à garantir et à prendre la défense de l'acheteur lorsqu'il est troublé dans sa possession. Il est de plus tenu de s'abstenir lui-même de tout trouble. Cette obligation est violée dès que le vendeur ou son représentant trouble l'acheteur. On ne peut pas admettre qu'il puisse avoir le droit de troubler l'acheteur pour une partie, puisque l'obligation de s'abstenir de tout trouble est un fait négatif, qui n'est pas susceptible de division. (Colmet de Santerre, t. VII, n° 61 *bis*, VI et VII; Brux., 27 avril 1853, P., 1854, 99; J. P. B., 1854, 369 et la note; B. J., t. 11, 798; Gand, 19 juillet 1862, P., 1862, 420.)

2° Suivant d'autres, *l'obligation de garantie* est divisible; de sorte que, si l'acheteur était troublé, il ne pourrait *poursuivre* en garantie les héritiers du vendeur que chacun pour sa part et por-

tion; mais *l'exception de garantie* est *indivisible*, c'est-à-dire que lorsqu'un des héritiers du vendeur *revendique* les parts d'un bien pour lesquelles il n'est pas héritier, il peut néanmoins être *repoussé* pour le tout. Cette opinion manque de conséquence. (Liége, 29 nov. 1851, B. J., t. 11, 86 et la note; P., 1854, 108; Cass. fr., 14 déc. 1868, D., 1869, 1, 222.)

3° L'héritier partiaire ne peut évincer l'acquéreur, s'il n'est pas prêt à reprendre l'héritage tout entier en rendant le prix avec dommages-intérêts. Cette opinion manque de toute base légale.

4° L'héritier peut revendiquer les parts pour lesquelles *il n'est pas héritier*. C'est l'opinion de la plupart des jurisconsultes anciens et modernes, et qui est conforme au droit romain; loi 14, C., *De rei vindicatione,* 3, 32. Raisons : *a*. si le vendeur était décédé avant la *tradition,* ses héritiers n'auraient pu être poursuivis en délivrance que chacun pour sa part et portion. Le vendeur, en exécutant son contrat, n'a pu rendre la position de ses héritiers plus mauvaise. L'héritier partiaire, poursuivi en délivrance, en cas d'inexécution de la vente par son auteur, eût été libéré en faisant la tradition de sa part; *b*. l'obligation contractée par le vendeur n'est pas indivisible en droit français; car elle ne consiste pas à prester un fait (*tradere*) qui de sa nature est indivisible, mais à *donner* (*dare*) ou à *transférer la propriété* de la chose vendue, et l'obligation de transférer la propriété d'une chose déterminée est divisible en droit romain comme en droit français. Au surplus, en considérant même comme indivisible l'obligation de prendre la défense de l'acheteur, cette indivisibilité n'existe que sous le point de vue abstrait. L'obligation se résout en dommages-intérêts, et alors le prix vient prendre la place de la chose (art. 1224, alin. 2), et l'obligation devient divisible sous le rapport de son exécution. (Laurent, XXIV, n° 213.) Chaque débiteur ou chaque héritier du débiteur est alors condamné pour sa part et portion; *c*. l'obligation de défendre l'acheteur contre tous troubles est une conséquence de l'obligation de faire jouir l'acheteur de la possession paisible de la chose. L'héritier du vendeur n'y est tenu que pour sa part et portion héréditaire. S'il a satisfait à son obligation pour cette part, il est libéré; il peut donc exercer tous ses droits et revendiquer les

parts pour lesquelles il n'est pas héritier; *d.* enfin les systèmes opposés conduiraient à un résultat contraire à l'équité. Car l'héritier partiaire qui succomberait en entier dans sa revendication perdrait son droit de propriété tout entier par suite d'une obligation qui ne lui incombait que pour une part, minime peut-être. (Maynz, *Cours de droit romain*, § 211 à la fin, combiné avec le § 212, note 48; Troplong, n° 457.)

B. *Des caractères de l'éviction.*

997. La définition en a été donnée au n° 994. Il faut considérer également comme évictions les cas suivants :

1° Si l'acheteur a volontairement délaissé la chose vendue pour éviter un procès, à la suite duquel il aurait été condamné, sauf la restriction de l'article 1640;

2° Lorsque l'acheteur veut poursuivre son droit, et que, par une exception du possesseur de la chose, il a été débouté de sa demande (*cum possessor, ab emptore conventus, absolutus est*); c'est comme si la chose lui eût été enlevée par suite d'une action principale (Fr. 16, § 1, D., *De evictionibus*, 21, 2);

3° Si l'acheteur a été obligé de racheter des charges dont la chose était grevée, par exemple des servitudes ou des hypothèques (Fr. 29, pr., D., *eodem*, 21, 2);

4° Si l'acheteur succède dans cette chose, soit à titre universel, soit à titre particulier, ou même à titre lucratif, à un tiers qui en était le véritable propriétaire, et conserve la chose en vertu de ce nouveau titre. (Fr. 13, § 15; fr. 29, pr., D., *De actionibus empti venditi*, 19, 1; fr. 9; fr. 41, § 1, D, *De evict.*, 21, 2; Colmet de Santerre, t. VII, n° 61 *bis*.)

C. *Des conditions requises pour qu'il y ait lieu à la garantie contre l'éviction.*

998. 1° Il faut que la cause de la dépossession soit fondée *en droit*, c'est-à-dire qu'il y ait un vice dans le *droit* du vendeur. Ainsi le vendeur n'est pas responsable lorsque l'acheteur a perdu la chose par suite d'une force majeure, par les voies de fait d'une autre personne, par un ordre arbitraire du gouvernement ou par

un acte d'une autorité publique quelconque, ou par une loi nouvelle, *fait du souverain ou du prince.* (Pothier, n° 93; Duvergier, n° 315; Cass. fr., 4 mai 1870, D., 1871, 1, 25);

2° Il faut que la cause de l'éviction soit *antérieure* à la vente. Ainsi une surenchère hypothécaire exercée par un des créanciers du vendeur est une cause d'éviction antérieure au contrat, peu importe qu'elle provienne du fait personnel du vendeur, ou que la dette soit celle des anciens propriétaires. La garantie ne cesserait, dans ces cas, que si l'hypothèque avait été déclarée, ou s'il y avait eu stipulation de non-garantie. (Troplong, n° 426; Duranton, n° 260.)

Quand même la cause de l'éviction serait *postérieure* à la vente; il y aurait lieu à garantie, si elle provenait du fait du vendeur; par exemple, si, sous l'empire de la loi **française** du 23 mars 1855 ou de la loi **belge** du 16 décembre 1851, le vendeur grevait le bien d'une hypothèque, avant que l'acheteur eût fait la transcription du contrat. (Voy. *suprà*, n° 995 et Pothier, n° 91.)

999. Le recours en garantie a également lieu, peu importe que l'acheteur lui-même ait été troublé ou que ce soit celui à qui il a revendu la chose; car, dans ce dernier cas, l'acheteur lui-même est exposé à l'action en garantie. A la différence du droit romain (fr. 33, fr. 59, D., *De evict.*, 21, 2), le second acheteur peut agir directement contre celui qui a vendu la chose à son auteur, même sans qu'il ait été subrogé conventionnellement aux droits de ce dernier (arg. art. 1122, 1166). (Duranton, n° 275; Troplong, n° 437; Brux., 6 mai 1872, P., 1874, 126.)

1000. Le recours en garantie a lieu, que la vente soit volontaire ou forcée; la loi ne distingue pas (arg. art. 1684). Troplong, n° 432, est d'un avis contraire. Il dit que ni le *saisi* ni les créanciers ne sont les vendeurs; que c'est la justice qui vend; que, dès lors, il n'y a pas lieu à garantie. C'est une erreur, car le saisi est vendeur, il s'est donné le titre de propriétaire qui a crée les hypothèques sur les biens vendus. Les jurisconsultes romains considéraient le créancier gagiste qui faisait vendre les biens de son débiteur, comme mandataire de ce dernier. La justice ne vend pas; de même que le notaire, elle prête simplement son ministère pour vendre.

Dans ce cas, la garantie doit être exercée, non pas contre le

créancier, mais contre le saisi, car c'est lui qui est vendeur. C'est à lui que l'acheteur succède; c'est donc *son* droit qui était mauvais s'il y a éviction. Le créancier poursuivant n'est pas propriétaire de la chose. Il ne se porte pas même propriétaire; ce n'est pas dans *ses* droits que l'acheteur succède. (Duranton, n° 265; Laurent, XXIV, n° 226; Bordeaux, 10 juillet 1867, D., 1867, 5, 226; Caen, 14 août 1868, D., 1870, 2, 95; Lyon, 6 mars 1878, D., 1878, 2, 65 et la note 7.) La jurisprudence est divisée.

Toutefois l'acquéreur peut répéter contre les créanciers le prix qu'il a payé entre leurs mains (art. 1630, 1° 1377). (Laurent, *ibid.*, n° 228.)

D. *Des obligations du vendeur en cas d'éviction.*

1001. Il faut distinguer trois hypothèses : 1° l'éviction *totale* de la chose; 2° l'éviction *partielle;* 3° l'éviction en ce qui concerne les *servitudes* ou les *charges* qui grèvent la chose.

1002. 1° De l'éviction *totale* de la chose. L'obligation de tout vendeur, fût-il même de *bonne foi,* a un double objet : la restitution du prix et les dommages-intérêts. L'un et l'autre reposent sur des principes différents. La restitution du prix est due parce que, en cas d'éviction, la vente a eu pour objet la chose d'autrui; elle n'existait donc pas comme vente, et le prix s'est dès lors trouvé *sans* cause entre les mains du vendeur. Il n'en était pas ainsi en droit romain, parce que, la vente de la chose d'autrui *pouvant avoir lieu,* le prix n'était pas *sans cause* (*sine causa*) entre les mains du vendeur. En cas d'éviction, le vendeur ne devait pas le prix, mais la valeur que la chose avait au moment de l'éviction (fr. 43, 45, D., *De actionibus empti venditi,* 19, 1).

En droit français, la *restitution du prix* doit avoir lieu, même dans le cas où l'acheteur ne peut pas demander des dommages-intérêts (art. 1599, 1629, alin. 1), quels que soient l'état et la valeur de la chose au moment de l'éviction, et quand même le dommage réel de l'acheteur serait inférieur au prix.

L'obligation de payer des dommages-intérêts est fondée sur les principes généraux des conventions. Le vendeur de la chose d'autrui ne se trouve pas dans le cas de justifier que l'inexécution de son engagement provient d'une cause étrangère qui ne peut

lui être imputée. Il est au contraire présumé être en faute. C'est à lui d'examiner la bonté du droit qu'il veut transmettre.

1003. *A.* De la restitution du *prix*. Le vendeur est toujours tenu à la restitution de la *totalité* du prix, quand même, à l'époque de l'éviction, la chose vendue se trouve diminuée de valeur ou considérablement détériorée, soit par la négligence de l'acheteur, soit par des accidents de force majeure (art. 1630, 1631). Le prix s'entend de celui qui a été payé par l'acquéreur évincé. Ainsi, lorsqu'il poursuit, non pas son auteur immédiat, mais celui qui a vendu la chose à son auteur, il ne peut pas exiger le prix payé par ce dernier, mais le prix qu'il a payé lui-même.

Si l'acquéreur avait tiré profit des dégradations par lui faites, par exemple, s'il avait dérodé un bois et vendu les arbres, le vendeur pourrait retenir sur le prix une somme égale à ce profit (art. 1632).

Si l'acquéreur avait reçu du tiers revendiquant le remboursement pour améliorations antérieures à la vente, cette somme viendrait en déduction du prix. Il en est de même de l'indemnité que le vendeur lui aurait payée pour l'existence de servitudes passives non déclarées (art. 1638).

1004. *B.*-Des *dommages-intérêts*. L'acquéreur a le droit de demander contre le vendeur : 1° la restitution des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évince ; 2° les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le demandeur originaire ; 3° enfin, les dommages et intérêts ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat. Si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente. Il est aussi tenu de rembourser ou de faire rembourser à l'acquéreur, par celui qui l'évince, toutes les réparations et améliorations utiles qu'il aura faites au fonds (art. 1630, 1633, 1634).

L'indemnité due par le vendeur à l'acheteur est régie par d'autres principes que l'indemnité due par le propriétaire revendiquant au possesseur évincé. Le vendeur est tenu plus sévèrement ; car le propriétaire rentre dans son propre bien ; toutes les améliorations lui appartiennent de droit ; il n'a pas, envers le possesseur évincé, l'obligation de le préserver d'une perte ou de

l'indemniser du gain qu'il aurait pu faire. Le vendeur est, en vertu du contrat, tenu d'indemniser l'acheteur pour le gain dont il a été privé et la perte qu'il a éprouvée. Le vendeur doit toujours la plus-value, quels que soient la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre (voy. art. 555). Mais il ne doit que la plus-value, alors même qu'elle serait inférieure aux dépenses faites par l'acheteur.

Le vendeur de *mauvaise foi* est tenu de toutes les obligations du vendeur de bonne foi, et *en outre* il est obligé de rembourser à l'acquéreur toutes les dépenses, même voluptuaires ou d'agrément, que celui-ci aura faites au fonds (art. 1635).

1005. 2° De l'éviction d'*une partie*, soit matériellement déterminée, soit aliquote de la chose. Il faut distinguer deux hypothèses :

a. Si la partie de la chose dont l'acquéreur a été évincé est de telle conséquence, relativement au tout, qu'il n'eût point acheté sans cette partie, il peut faire résilier la vente (art. 1636). La décision de la question de savoir si l'acheteur n'eût pas acheté sans la partie dont il a été évincé, est abandonnée à l'appréciation du juge. (Rapport au Tribunat, n° 27, Locré, XIV, 207; Cass. fr., 26 mai 1868, D., 1869, 1, 365.) En cas de résiliation, le vendeur est tenu de toutes les obligations indiquées aux n°s 1002-1004.

b. L'éviction partielle n'entraîne pas la résiliation de la vente; alors, la valeur de la partie dont l'acquéreur se trouve évincé lui est remboursée suivant l'*estimation à l'époque de l'éviction*, et non proportionnellement au prix total de la vente, soit que la chose vendue ait augmenté ou diminué de valeur (art. 1637). Dans le cas de l'éviction partielle, le code, s'écartant du principe qui règle les dommages-intérêts pour éviction totale, suit les règles du droit romain (fr. 1, 13, 14, 15, D., *De evictionibus*, 21, 2). La raison de cette différence, c'est que dans le cas de l'éviction *totale*, la vente est *nulle*, il n'y a pas eu de vente, tandis que dans l'hypothèse de l'éviction *partielle*, il y a vente, et l'acheteur doit être indemnisé du préjudice qu'il souffre par l'exécution incomplète du contrat.

Ce principe s'applique indistinctement à tous les cas de l'éviction partielle, peu importe que l'éviction ait pour objet une part

indivise ou une partie physiquement déterminée de la chose vendue, ou que le prix ait été fixé globalement ou à tant la mesure. (Zachariæ, § 355, note 27.)

1006. 3° De l'éviction partielle qui porte sur les *servitudes* actives ou passives de la chose vendue. Le vendeur doit garantir la chose telle qu'il l'a vendue; elle doit donc avoir toutes les servitudes *actives* promises, et n'être grevée d'aucune charge non déclarée (art. 1626). Il faut distinguer :

a. Des servitudes *actives*. Le vendeur doit une indemnité à l'acheteur si la chose vendue n'a pas les servitudes actives promises. C'est une éviction partielle. L'indemnité doit être réglée conformément au n° 1005, *b*. Bien que la loi ne donne pas expressément à l'acheteur le droit de résiliation dans ce cas, il faut pourtant l'admettre, tant en vertu de l'article 1636 (n° 1005, *a*) que par analogie de l'article 1638. Car une servitude active peut avoir, pour l'acheteur, une importance telle, qu'il n'aurait pas acheté la chose si la servitude n'eût pas été due;

b. Des servitudes *passives*. Si l'héritage vendu se trouve grevé, sans qu'il en ait été fait de déclaration, de servitudes non apparentes, et qu'elles soient de telle importance qu'il y ait lieu de présumer que l'acquéreur n'aurait pas acheté s'il en avait été instruit, il peut demander la résiliation du contrat, si mieux il n'aime se contenter d'une indemnité (art. 1638). (Angers, 27 février 1867, D., 1867, 2, 66.) Cette indemnité est fixée d'après la règle de l'article 1637 (n° 1005, *b*), parce que l'existence de charges non déclarées doit être assimilée à une éviction partielle.

Le vendeur ne doit aucune garantie : 1° des servitudes apparentes (art. 689); 2° des servitudes et des obligations de voisinage établies par la loi (art. 640-685, 1386). Cass. fr., 21 avril 1874, D., 1875, 1, 183.)

E. *Des modifications que les parties peuvent apporter aux règles de la loi sur la garantie.*

1007. 1° Les parties peuvent *ajouter* à l'obligation de garantie, soit en rendant le vendeur responsable de troubles contre lesquels il ne doit pas garantir d'après la loi, par exemple des

faits du souverain (n° 998) ou des cas fortuits, ou de l'effet de lois nouvelles, soi en l'astreignant à des dommages et intérêts plus forts que ceux prescrits par la loi, comme, par exemple, chez les Romains, la *pœna dupli, tripli, quadrupli* (art. 1627). Pour obtenir cet effet, il faut un engagement exprès et formel du vendeur. Des termes vagues, tels que le *vendeur garantit de tous troubles et empêchements quelconques*, ne suffisent pas pour lui imposer des obligations plus sévères que celles de la loi. (Troplong, nos 465-467.)

1008. 2° Les parties peuvent *diminuer* la garantie légale de différentes manières et avec des effets différents :

A. La dérogation peut être *partielle*. C'est ce qui a lieu lorsque le vendeur désigne spécialement les troubles dont il n'entend pas garantir, ou lorsqu'il détermine ceux contre lesquels il promet garantie. (Dijon, 3 juillet 1868, D., 1869, 2, 38.) Dans ce dernier cas il faut, à moins que l'intention contraire ne résulte de l'acte, présumer que les parties ont voulu que le vendeur ne fût pas garant des troubles qui n'ont pas été spécialement mentionnés. Autrement la convention n'aurait pas de sens. (Fr. 11, § 18, D., *De actionibus empti et venditi*, 19, 1.)

B. La dérogation peut avoir pour objet *la remise complète* de l'obligation de garantie. La stipulation de non-garantie est valable en droit français comme elle l'était en droit romain (art. 1627; fr. 10, D., *De hæreditate vel actione vendita*, 18, 4), pourvu qu'elle n'ait pas pour objet de dispenser le vendeur de la garantie d'un fait qui lui est personnel (art. 1628, et *suprà*, n° 995). D'après le code, l'effet *ordinaire* de la clause de non-garantie est seulement d'affranchir le vendeur des dommages-intérêts en cas d'éviction, mais il n'en est pas moins obligé à restituer le prix (art. 1629). Les auteurs du code ont, avec plusieurs anciens jurisconsultes, adopté l'opinion professée par Julien, mais désapprouvée par Ulpien dans le fr. 11, § 18, D., *De actionibus empti venditi*, 19, 1. (Voy. Maynz, *Cours de droit romain*, § 212, note 50.)

Pour que le vendeur soit déchargé de *toute obligation* quelconque, il faut qu'il y ait concours des deux circonstances : 1° *stipulation de non-garantie ;* 2° *connaissance du danger* de l'éviction de la part de l'acquéreur, ou bien déclaration qu'il achète à

ses risques et périls (art. 1629). Il importe peu que le vendeur ait lui-même déclaré le danger de l'éviction, ou que l'acheteur en ait eu connaissance d'une autre manière. La déclaration que l'acquéreur achète à ses risques et périls renferme renonciation à la garantie, ou clause de non-garantie.

Le vendeur est donc déchargé des dommages-intérêts, mais obligé à la restitution du prix : 1° en cas de simple stipulation de non-garantie (art. 1629); 2° si l'acheteur a connu le danger de l'éviction, sans renonciation à la garantie (art. 1629, 1599).

1009. Si le bien vendu est grevé d'hypothèques, différents cas peuvent se présenter :

1° L'acheteur l'ignore, et l'hypothèque n'a pas été déclarée lors de la vente. Le vendeur est tenu à la garantie dans l'étendue la plus large.

2° L'acheteur le sait; elle n'a pas été déclarée. Même décision. Le cas n'est pas analogue à celui de l'article 1599. L'acheteur n'a pas acheté la chose d'autrui; il pouvait donc acquérir la chose sans s'exposer à une éviction. Par cela même que le vendeur ne déclarait pas l'hypothèque dont la chose était grevée, l'acheteur a pu croire qu'il ferait tout ce qui serait nécessaire pour en dégrever la chose. Troplong, n° 418, qui adopte cette décision, la restreint cependant au cas où l'hypothèque *connue* de l'acheteur et non déclarée provient du vendeur lui-même; et il pense que le vendeur est dispensé de la garantie de toutes les autres hypothèques, provenant des propriétaires précédents. Cette distinction manque de motifs.

3° L'hypothèque a été déclarée lors de la vente. Dans ce cas, les difficultés naîtront rarement, puisque, une fois que l'hypothèque a été déclarée, les parties auront réglé les éventualités auxquelles elle donnera lieu. Le vendeur serait tenu à toute la garantie, si, malgré l'hypothèque, la totalité du prix avait été payée, et s'il s'était engagé à dégrever le bien par le payement du créancier.

4° L'acheteur ignore l'existence de l'hypothèque et il y a stipulation de non-garantie. En cas d'éviction, le vendeur est tenu à la restitution du prix (art. 1629).

F. *Des cas dans lesquels il n'y a pas lieu à garantie.*

1010. Nous avons vu que les parties peuvent déroger à l'obligation de garantie qui incombe au vendeur.

En outre, cette obligation cesse de plein droit lorsque l'acquéreur s'est laissé condamner par un jugement en dernier ressort, ou dont l'appel n'est plus recevable, sans appeler son vendeur, si celui-ci prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande (art. 1640).

II. DE LA GARANTIE DES DÉFAUTS DE LA CHOSE VENDUE (art. 1641-1649).

A. *De la nature et des effets de cette garantie.*

1011. La chose vendue doit être de bonne et loyale qualité. Si elle ne l'est pas, le vendeur n'a pas satisfait à son obligation, qu'il ait été de bonne ou de mauvaise foi. (Bruxelles, 14 décembre 1864, P., 1866, 187.) Le code règle ici les conséquences de l'inexécution de l'obligation du vendeur provenant de ce que la chose n'est pas ce qu'elle doit être. Cette responsabilité a été appelée par les jurisconsultes *garantie de fait*. Elle s'applique aux immeubles comme aux objets mobiliers. (Paris, 30 juillet 1867, D., 1867, 2, 227, et 21 juin 1870, D., 1871, 2, 42.)

1012. Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts *cachés* de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. Il n'est pas tenu des vices *apparents* et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même (articles 1641, 1642). Gand, 9 janvier 1879, P., 1879, 103.)

Cependant, lorsque la vente a lieu dans des circonstances où l'on ne peut pas examiner la chose avant la conclusion, ou lorsque, d'après un usage constant, la vérification ne se fait qu'après la conclusion du contrat, le vendeur est tenu des vices, *même apparents*. (Rouen, 11 décembre 1806; Colmar, 22 novembre 1866, D., 1867, 2, 35; Cass. fr., 5 novembre 1873, D., 1875, 1,

70; Gand, 12 mai 1875, P., 1875, 350, et 22 juillet 1876, P., 1877, 221.)

Quelques jurisconsultes enseignent, à tort, qu'il n'y a de vices rédhibitoires que ceux qui sont irremédiables et qui rendent la chose pour toujours impropre à l'usage auquel elle est destinée. (Fr. 6, D., *De ædilitio edicto,* 21, 1; Troplong, n° 548.)

Il est tenu des vices cachés, quand même *il ne les aurait pas connus*, à moins que, *dans ce cas*, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie (art. 1643).

1013. Le vendeur n'est tenu à aucune garantie lorsque l'acheteur a *connu* les défauts, même non apparents de la chose (arg. art. 1642). Mais la garantie serait due si l'acheteur avait des soupçons sur l'existence du vice, sans en avoir la connaissance positive, et qu'il eût stipulé la garantie pour le cas de l'existence du vice. (Duranton, n° 311; Pothier, n° 210.)

1014. Le vendeur ne doit garantie qu'à raison des défauts *qui existaient au moment de la vente;* mais la garantie est due quand même les défauts ne se seraient *manifestés* que postérieurement au contrat. (Grenoble, 4 mai 1867, D., 1867, 2, 209.) Dans les ventes conditionnelles, elle est due si le vice existait au moment de l'accomplissement de la condition. Il est impossible d'établir en thèse générale un délai fixe, dans lequel le vice doit se manifester pour présumer qu'il avait existé déjà au moment de la vente. Tout dépend de la nature du défaut et de la chose vendue. L'acheteur doit prouver l'existence du vice au moment du contrat. La garantie est également due si le défaut porte sur un accessoire de la chose vendue.

1015. L'existence de défauts cachés donne lieu à deux actions; l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix (*action rédhibitoire*, *redhibitoria*), ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts (*actio quanti minoris*) (art. 1644).

Il y a concours électif de ces actions. Le vendeur ne peut pas empêcher l'action en résiliation en offrant une diminution du prix. Les tribunaux ne peuvent pas admettre cette offre contre la volonté de l'acheteur.

1016. L'objet de la demande varie suivant que le vendeur a été de mauvaise foi ou de bonne foi.

Si le vendeur *connaissait* les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de *tous les dommages et intérêts* envers l'acheteur; s'il ignorait les vices de la chose, il n'est tenu qu'à la restitution du prix et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente. Si la chose qui avait des vices a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui est tenu envers l'acheteur à la restitution du prix et aux autres dédommagements, d'après la distinction qui vient d'être indiquée (art. 1645-1647).

Le vendeur a commis une faute lourde (*culpa lata*) et est tenu comme s'il eût connu le vice, lorsque la chose vendue avait des défauts qu'à raison de sa profession il devait connaître; par exemple, un tonnelier m'a vendu des tonneaux gâtés ou qui coulent. (Pothier, n° 214; Aix, 4 janvier 1872, D., 1873, 2, 55.) Les dommages-intérêts dus par le vendeur de mauvaise foi doivent être évalués d'après les principes des articles 1149 à 1151 (*suprà*, n°s 80-82). A la différence de l'obligation du vendeur de bonne foi, en cas d'éviction, le vendeur de bonne foi d'une chose vicieuse n'est pas tenu aux dommages-intérêts, mais il doit le prix avec les intérêts (*suprà*, n° 1002). De son côté, l'acheteur doit les fruits de la chose. Le plus souvent ils sont compensés. (Troplong, n° 573; Duranton, n° 324.)

B. *Du délai de prescription des actions rédhibitoires et* quanti minoris (art. 1648).

1017. Anciennement, beaucoup de coutumes et d'usages locaux indiquaient d'une manière limitative non-seulement la durée de ces actions, mais aussi les vices et défauts qui pouvaient y donner lieu, du moins pour la vente de plusieurs objets, notamment des animaux.

Ces usages locaux n'ont plus l'autorité de la loi pour déterminer *quelle espèce* de vices ou de défauts donne lieu à la rédhibition ou à la diminution du prix. Leur autorité se borne à fixer le délai de la prescription (art. 1648 et loi du 30 ventôse an XII, art. 7).

La responsabilité du constructeur pour une machine à vapeur et chaudière livrées à un fabricant est habituellement d'une année. (Bruxelles, 31 janvier 1861, P., 1861, 65.)

Différentes opinions ont été émises sur le point initial de cette courte prescription ; en règle, il faut admettre, conformément aux principes généraux, qu'elle commence à courir au jour de la vente, et non au jour où le vice s'est manifesté. (Bruxelles, 30 juillet 1861, B. J., t. 19, 1359 et la note; P., 1861, 399, et 20 janvier 1864, P., 1864, 177.)

1018. Une différence remarquable entre le droit romain et la législation actuelle consiste en ce qu'aujourd'hui l'action en résiliation du contrat ou en diminution du prix *se prescrit toujours par un bref délai,* que le vendeur ait été *en dol* ou non; tandis que, d'après le droit romain, on pouvait, en cas de dol du vendeur, intenter dans le même but l'action *ex empto,* qui dure trente ans.

C. *Des modifications de l'obligation de garantie et des cas où elle n'a pas lieu.*

1019. 1° L'obligation de garantie des vices et défauts de la chose peut être *augmentée* par conventions particulières, de telle sorte que le vendeur répondra de défauts dont il n'aurait pas été tenu d'après la loi, ou qu'il en répondra pour un temps plus long;

2° Cette obligation peut être *diminuée* en exceptant certains vices. La garantie contre certains défauts déterminés renferme implicitement exclusion de la garantie des autres.

1020. L'obligation de garantie cesse :

1° Dans les ventes faites par autorité de justice (art. 1649);

2° En cas de stipulation de non-garantie, pourvu que le vendeur n'ait pas connu le vice. S'il l'a connu, il est tenu malgré la stipulation de non-garantie (art. 1643);

3° Si l'acheteur a connu le vice. Quand même il aurait stipulé la garantie dans ce cas, le vendeur ne serait pas tenu. C'est un dol de la part de l'acheteur (art. 1642);

4° Si, pendant le délai dans lequel l'action rédhibitoire peut être intentée, la chose a péri par *cas fortuit* ou par la faute de l'acheteur (art. 1647; loi belge du 28 janvier 1850, art. 6). Toutefois cette disposition n'est pas applicable à la perte arrivée postérieurement à l'introduction de l'instance en résiliation. (Cass. belge, 29 octobre 1863, P., 1864, 134.)

Cette disposition s'écarte du droit romain (fr. 44, § 2; fr. 47, § 1; fr. 48, pr.; fr. 25, §§ 1-5; fr. 31, §§ 11-14, D., *De ædilitio edicto*, 21, 1).

D. *De la garantie des qualités promises* (dicta et promissa).

1021. Le vendeur est tenu de garantir les qualités promises de la chose, pourvu que la promesse soit réelle et sérieuse, et non-seulement une recommandation en termes vagues et généraux, comme les vendeurs s'en servent souvent. Si les qualités promises n'existent pas, le vendeur est en défaut d'exécuter son obligation; il doit des dommages-intérêts (art. 1147). Cela résulte des principes généraux. (Bruxelles, 13 février 1868, B. J., t. 26, 853; P. 1868, 376.) Il ne faut donc pas dire, avec quelques auteurs, qu'une simple absence de qualités n'emporte pas, en général, responsabilité de la part du vendeur.

1022. Il s'agit de savoir si, en cas d'absence des qualités *promises*, il faut appliquer les principes généraux ou bien les règles spéciales sur les vices rédhibitoires. D'après les règles générales sur les obligations et sur la vente en particulier, l'action en résolution du contrat et en dommages-intérêts contre le vendeur a lieu lorsque l'inexécution du contrat provient *de sa faute*, et elle dure trente ans. D'après les règles particulières des articles 1641-1649, l'action en résolution ou en diminution du prix se prescrit par les brefs délais fixés par l'usage des lieux, et il n'y a lieu aux dommages-intérêts que si le vendeur a été en *dol*. Ces articles dérogent donc, sous un double rapport, aux principes généraux. Il ne faut pas étendre de semblables dérogations au delà des cas pour lesquels elles ont été admises par la loi.

En droit romain, l'acheteur pouvait, au cas d'absence des qualités promises, poursuivre le vendeur, par l'action *ex empto*, en diminution du prix ou en résolution du contrat, avec dommages-intérêts, donc pendant trente ans; car le vendeur était toujours présumé en dol quand il avait promis des qualités qui n'existaient pas. Il faut suivre la même règle encore aujourd'hui.

E. *Des modifications aux règles sur les vices rédhibitoires, introduites en* **France** *et en* **Belgique**.

1023. Des modifications ont été apportées aux règles du code sur les vices rédhibitoires, en **France** par la loi du 20 mai 1838, en **Belgique** par celle du 28 janvier 1850, modelée sur la loi **française**, et par l'arrêté royal **belge** du 29 janvier de la même année, remplacé plus tard par ceux des 18 février 1862, 26 août 1867 et 10 novembre 1869. Voyez aussi la circulaire ministérielle **belge** du 28 mars de la même année. Les deux lois ont pour but principal de restreindre le nombre des procès que faisait naître l'application de l'article 1641 du code civil. Toutes les deux elles suppriment l'action en *réduction du prix* (*quanti minoris*) autorisée par l'article 1644 du code, et n'admettent plus que l'action résolutoire (*redhibitoria*) dans les matières sur lesquelles elles statuent. (Loi **française**, art. 2; loi **belge**, art. 7.)

1024. La loi **française** du 20 mai 1838 ne s'applique qu'à la vente et à l'échange des animaux domestiques de la race *chevaline, bovine* et *ovine*, et elle détermine, dans l'article 1er, quels sont, pour chacune de ces races, les vices rédhibitoires qui donneront *seuls* ouverture à l'action résultant de l'article 1641 du code civil. Cette énumération est doublement limitative quant aux défauts qu'elle désigne et quant aux espèces d'animaux pour lesquelles ces défauts sont admis comme vices rédhibitoires. (Cass. fr., 17 avril 1855, D., 1855, 1, 176 et la note.)

L'action en *réduction du prix* (*quanti minoris*) ne peut plus être exercée dans les ventes et échanges d'animaux énoncés dans l'article 1er (art. 2).

Le délai pour intenter l'action rédhibitoire sera, non compris le jour fixé pour la livraison, — de trente jours pour le cas de fluxion périodique des yeux et d'épilepsie ou mal caduc; — de neuf jours pour tous les autres cas (art. 3).

Si la livraison de l'animal a été effectuée ou s'il a été conduit, dans les délais ci-dessus, hors du lieu du domicile du vendeur, les délais seront augmentés d'un jour par cinq myriamètres de distance du domicile du vendeur au lieu où l'animal se trouve (art. 4).

Les délais fixés par les articles 3 et 4 sont francs; l'action est utilement introduite le lendemain du dernier jour du délai. (Cass. fr., 3 mai 1859; 10 novembre 1862 et 6 mars 1867, D., 1859, 1, 227; 1862, 1, 486; 1867, 1, 114.)

Dans tous les cas, l'acheteur, à peine d'être non recevable, sera tenu de provoquer, dans les délais de l'article 3, la nomination d'experts chargés de dresser procès-verbal; la requête sera adressée au juge de paix du lieu où se trouve l'animal. — Ce juge nommera immédiatement, suivant l'exigence des cas, un ou trois experts, qui devront opérer dans le plus bref délai (art. 5). L'action rédhibitoire formée après les délais établis par l'article 3 sera non recevable, alors même que la nomination de l'expert aurait été provoquée dans ces délais. (Cass. fr., 19 décembre 1860, D., 1861, 1, 24; Trib. de la Seine, 8 septembre 1869, D., 1869, 5, 230.)

La demande sera dispensée du préliminaire de conciliation, et l'affaire instruite et jugée comme affaire sommaire (art. 6).

Si pendant la durée des délais fixés par l'article 3, l'animal vient à périr, le vendeur ne sera pas tenu de la garantie, à moins que l'acheteur ne prouve que la perte de l'animal provient de l'une des maladies spécifiées dans l'article 1er (art. 7).

Le vendeur sera dispensé de la garantie résultant de la morve ou du farcin pour le cheval, l'âne et le mulet, et de la clavelée pour l'espèce ovine, s'il prouve que l'animal, depuis la livraison, a été mis en contact avec des animaux atteints de ces maladies (art. 8).

La loi du 20 mai 1838 ne s'applique pas aux ventes du bétail destiné à être abattu pour la consommation; elles sont régies par les règles générales des articles 1641 à 1647. (Paris, 26 mars 1867, D., 1867, 2, 172.)

1025. La loi **belge** du 28 janvier 1850 ne s'applique qu'à la vente et à l'échange des chevaux, ânes, mulets et autres animaux domestiques appartenant à l'espèce ovine, bovine et porcine; mais elle ne s'applique pas à ceux de ces animaux qui sont destinés à être abattus pour être livrés à la consommation (art. 1 et 8). Donc, pour toutes les matières non comprises dans la loi du 28 janvier 1850, les règles du code restent en vigueur. Cette loi prescrit que le *gouvernement* désignera les maladies et les dé-

fauts qui seront réputés vices rédhibitoires et donneront *seuls* ouverture à l'action admise par le code (art. 1er; arrêté du 18 février 1862, art. 1er).

Le gouvernement détermine aussi le délai dans lequel l'action sera intentée, à peine de déchéance. Ce délai peut varier suivant la diversité des vices, mais il ne peut pas excéder *trente jours*, non compris le jour fixé pour la livraison (art. 2; arrêté du 18 février 1862, art. 2). Il faut admettre aussi, comme en France, que l'*action formée* après trente jours est non recevable, quand même l'expertise aurait été provoquée, ordonnée et même terminée avant ce délai (voy. le nº 1024).

Le délai est augmenté d'un jour par cinq myriamètres de distance de domicile du vendeur au lieu où l'animal se trouvait au jour de l'assignation, si la livraison de l'animal a été effectuée hors du lieu du domicile du vendeur, ou si, dans le délai fixé pour intenter l'action, l'animal a été conduit hors du même lieu (art. 3, alin. 1).

Lorsque l'acheteur a revendu l'animal, et qu'il est assigné en rescision de vente, il pourra intenter une action en garantie contre son vendeur si le délai pendant lequel il aurait pu agir par action *principale* n'est pas expiré; ce délai est augmenté de la même manière que dans le cas précédent (art. 3, alin. 2 et 3).

1026. Les articles 4, 5 et 6 de la même loi contiennent des dispositions identiques à celles des articles 5, 6 et 7 de la loi française, rapportées au nº 1024.

(Voy., sur cette matière, l'ouvrage de M. Van Alleynnes, *Traité théorique et pratique de la garantie des vices rédhibitoires dans les ventes et échanges d'animaux domestiques*. Bruxelles.)

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR. (Art. 1650-1657.)

I. DU PAYEMENT DU PRIX ET DES INTÉRÊTS; DU TEMPS ET DU LIEU DU PAYEMENT.

1027. La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente. S'il n'a rien été réglé

à cet égard lors de la vente, l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la délivrance. Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le payement (art. 1650, 1651, 1612). Ainsi, si le vendeur n'a pas accordé un délai, la vente se fait au comptant, et le payement doit se faire *au lieu de la délivrance,* par dérogation à l'article 1247, alinéa 2, d'après lequel le payement doit être fait au domicile du débiteur (*suprà,* n° 174).

Lorsque la vente a été faite *à crédit,* il faut appliquer les règles sur les obligations à terme (voy. *suprà,* n°s 69, 70, 108, 109); et, dans ce cas, l'article 1651, qui est le corrélatif de l'article 1612, cesse d'être applicable. Si la chose est livrée, l'acheteur est devenu débiteur dans les conditions ordinaires. Le payement doit se faire à son domicile (art. 1247). Le vendeur a renoncé au bénéfice de l'article 1651, sauf convention contraire.

1028. Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le payement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur payera (art. 1653 et fr. 18, § 1, D., *De periculo et commodo,* 18, 6). L'acheteur doit alors les intérêts du prix, s'il se trouve dans un des cas prévus par l'article 1652 (voy. le n° suivant). La question de savoir ce qu'il faut entendre par *juste sujet de craindre,* est une question de fait, abandonnée à l'appréciation du juge. Ainsi, par exemple, une inscription hypothécaire est un juste sujet de craindre un trouble. (Nancy, 5 mars 1873, D., 1873, 2, 164; Besançon, 14 juillet 1875, D., 1877, 2, 120.)

1029. L'acheteur doit l'*intérêt* du prix de la vente jusqu'au payement du capital, dans les trois cas suivants :

1° S'il a été ainsi convenu lors de la vente;

2° Si l'acheteur a été sommé de payer; dans ce cas, l'intérêt ne court que depuis la sommation. Par dérogation à la règle de l'article 1153, alinéa 3 (*suprà,* n° 70), il suffit ici d'une simple *sommation* pour faire courir les intérêts; il ne faut pas de *demande en justice.*

On peut considérer cette dérogation comme un correctif de l'inconséquence commise par la loi en faisant une distinction entre les choses frugifères et les choses non frugifères. Cette distinction n'est pas rationnelle; car l'usage d'une chose non productive de fruits équivaut pour l'acheteur à la perception des fruits d'une chose frugifère. Les intérêts devraient être dus dans les deux cas, si la chose vendue a été livrée. La loi a facilité le moyen de faire courir les intérêts, dans le cas où la chose livrée ne produit pas de fruits. (Colmet de Santerre, t. VII, n° 97 *bis* IV.)

3° Si la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus, c'est-à-dire si la chose vendue et livrée est de nature à produire des fruits *naturels* ou *civils*, par exemple un fonds de terre, un jardin, une maison, quand même elle n'en produirait pas actuellement, soit par un accident, soit par la volonté de l'acheteur. Il faut entendre par *choses produisant des fruits* celles qui, d'après le cours ordinaire de la vie, produisent habituellement des fruits (art. 1652). Les intérêts sont alors la juste compensation de la jouissance des fruits.

On peut stipuler que les intérêts ne seront pas dus, quoique la chose produise des fruits.

Sous l'ancien droit, il y avait controverse sur la question de savoir si l'acheteur d'une chose productive de fruits devait les intérêts lorsque la vente avait été faite à crédit. (Pothier, *Vente*, n°s 286-288.)

En présence des termes généraux de l'alinéa 2 de l'article 1652, qui ne distinguent pas, on doit résoudre affirmativement la question, d'autant plus que cette solution est conforme à l'équité, les intérêts étant la compensation des fruits. (Duranton, n° 340; Troplong, n° 599.)

1030. L'acheteur doit payer les frais d'actes et autres accessoires à la vente (art. 1593).

Il doit aussi rembourser au vendeur les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose depuis la vente.

II. DES EFFETS DU NON-PAYEMENT DU PRIX.

1031. Si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente (art. 1654). C'est une application

du principe de l'article 1184, d'après lequel la *lex commissoria* est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques. (Voy. *suprà*, n° 106.) Les dispositions suivantes règlent cette application dans quelques détails. Il faut distinguer.

A. *De la vente d'immeubles.*

1032. Tant que l'acheteur n'a pas payé le prix *intègralement*, le vendeur peut demander la résiliation du contrat. Cependant, quant aux effets de cette demande, il faut distinguer :

1° Le contrat ne porte aucune clause sur la résolution. — La résolution ne s'opère pas de plein droit par le non-payement, pas même par une *sommation* de payer. Elle doit être demandée *en justice*. Si elle est demandée, le juge peut accorder *un délai*, mais *un seul*. Il ne peut pas en accorder un second. Si l'acheteur ne paye pas, la résolution *doit* être prononcée. Suivant quelques auteurs, l'acheteur peut éviter la résolution en payant même *après le délai*, mais avant le jugement. D'autres vont encore plus loin; ils admettent le payement jusqu'à ce que le jugement ne soit plus susceptible d'appel. C'est une erreur. Ce serait rendre tout à fait illusoires les dispositions de la loi et ôter tout son effet à l'action en résolution, laquelle a été introduite pour donner au vendeur une garantie réelle et à l'acheteur un stimulant à exécuter son engagement. D'ailleurs, le droit du vendeur à la résiliation est *acquis* par la première demande. La loi donne au juge la faculté d'en mitiger la rigueur. C'est déjà une faveur exceptionnelle; l'étendre, ce serait mettre l'arbitraire à la place de la loi (article 1655, alin. 2 et 3).

Exceptionnellement, le juge ne peut pas accorder un délai à l'acquéreur, si le vendeur est en danger de perdre la chose et le prix; par exemple si un acheteur insolvable avait commencé ou annoncé la démolition du bâtiment ou la coupe du bois acheté (art. 1655, alin. 1).

1033. 2° Il a été stipulé dans le contrat que, faute de payement du prix au terme convenu, la vente serait résolue de plein droit. *Dies non interpellat pro homine.* — La résolution ne peut pas être prononcée si l'acquéreur paye, même après le délai, mais avant qu'il soit mis en demeure par une *sommation* (arti-

cle 1656). Mais, une fois la sommation faite, elle a un effet plus rigoureux que la demande judiciaire de la résiliation dans le cas du numéro précédent, puisque le juge ne peut plus accorder de délai. Mais si le contrat portait qu'il serait résilié de plein droit par le défaut de payement au terme échu, *sans qu'il soit besoin d'acte pour constituer l'acheteur en demeure,* la résolution aurait lieu sans autre sommation. (Troplong, n° 668; Duvergier, n° 462, et *suprà*, n° 106.)

Le droit de demander la résolution du contrat doit être inscrit au registre des transcriptions, conformément à la loi française du 23 mars 1855, art. 7, et à la loi belge du 16 décembre 1851, art. 28, et l'exercice en est soumis à quelques restrictions dont il sera traité *infrà*, au titre *des Hypothèques*.

1034. La résolution de la vente a les effets généraux de la condition résolutoire (art. 1183, et *suprà*, n° 105). Ainsi, toutes les charges, servitudes, hypothèques et priviléges établis sur la chose postérieurement à la vente, sont annulés, sauf les dispositions de l'article 28 de la loi hypothécaire belge, du 16 décembre 1851. (Voy. *infrà*, au titre *des Hypothèques*.)

B. *De la vente de denrées et effets mobiliers.*

1035. Il faut distinguer deux hypothèses principales :

A. La chose vendue n'a pas encore été retirée par l'acheteur; elle se trouve encore dans la possession du vendeur. Distinguez encore :

1° Un terme a été convenu pour le retirement. L'acheteur ne retire pas la chose et ne la paye pas, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et *sans sommation, au profit du vendeur,* après l'expiration du terme convenu pour le retirement (article 1657).

Cette disposition renferme deux modifications aux règles générales : d'abord l'acheteur est en demeure par le seul effet de l'inexécution de son engagement, sans que l'acte le stipule; et puis la résolution s'opère de plein droit, sans qu'elle soit demandée en justice. Le vendeur peut, dans ce cas, disposer de la chose, et de plus, demander des dommages-intérêts. (Liége, 18 mai 1864, P., 1865, 98; Dijon, 11 février 1870, D., 1872,

2, 193.) Le motif de cette disposition exceptionnelle, c'est que les denrées et les effets mobiliers ne circulent pas toujours dans le commerce avec le même avantage, et qu'il y a une si grande variation dans le prix de ces objets, que le moindre retard peut souvent occasionner un préjudice irréparable. (Exposé de motifs, n° 22; Locré, XIV, 157.)

1036. L'article 1657 s'applique-t-il aux ventes commerciales? Ou bien faut-il, à l'égard de ces ventes, suivre les règles générales? Il n'est pas douteux que les termes de l'article permettent de l'appliquer, en général, à *toutes* les ventes. (Troplong, n° 680.) Quels que puissent être les motifs juridiques que l'on allègue pour cette opinion, ils doivent céder à l'intention manifeste du législateur, laquelle s'est révélée, dans les discussions, d'une manière non équivoque. Le projet primitif de l'article 1657 était ainsi conçu : « En matière de vente *de marchandises*, denrées et effets mobiliers, etc. » Les discussions au conseil d'État prouvent que le mot *marchandises* a été omis pour restreindre l'application de l'article aux affaires civiles. Le conseil d'État a employé les mots *denrées et effets mobiliers* dans un sens restrictif. Le consul Cambacérès fit observer que toute équivoque serait levée par le procès-verbal, qui indiquerait que l'article ne serait point applicable aux affaires de commerce. Le conseil a alors adopté la rédaction actuelle du code. On donnait pour motif au conseil d'État que l'usage commercial repoussait l'article 1657, et que cet usage était bon et raisonnable. (Séance du conseil d'État, du 30 frimaire an XII, n°s 45, 46, Locré, XIV, 60; Duvergier, n° 475; Pardessus, *Droit commercial*, n° 288; Liége, 23 décembre 1840. — La jurisprudence se prononce en sens *contraire* : Bruxelles, 24 décembre 1859, B. J., t. 18, 1263; P., 1860, 227; Gand, 2 janvier 1874, P., 1874, 118; Cass. fr., 6 juin 1848, D., 1848, 1, 219, et 19 février 1873, D., 1873, 1, 301; Laurent, XXIV, n° 312.)

1037. 2° Le terme du retirement n'a pas été convenu. Le vendeur peut aussi demander la résolution du contrat, conformément aux règles générales; mais elle ne peut avoir lieu que par suite d'une sommation faite à l'acheteur. En ce cas, quelques auteurs pensent que la sommation de retirer la chose, faite à l'acheteur, doit produire le même effet que la mise en demeure

qui s'opère par la seule expiration du terme fixé pour le retirement et qu'elle opère la résolution de plein droit. (Troplong, n° 679; Duvergier, n° 474.) Suivant d'autres, l'article 1657 n'est plus applicable et les parties restent dans les termes du droit commun. (Duranton, n° 383.) La première opinion est préférable. La raison de la loi est la même dans les deux cas. Seulement, si le terme pour le retirement n'a pas été convenu, il est nécessaire qu'il y ait une sommation.

1038. *B*. La chose a été retirée par l'acheteur. Le droit de demander la résolution a lieu comme dans les ventes d'immeubles, conformément aux règles générales. (Troplong, n° 644; Duvergier, n° 436.) L'opinion contraire se fonde sur l'argument *a contrario* de l'article 1657.

Sur les restrictions auxquelles l'action résolutoire est soumise, voyez *infrà*, au titre *des Hypothèques*.

CHAPITRE VI.

DE LA NULLITÉ ET DE LA RÉSOLUTION DE LA VENTE.

1039. Indépendamment des causes de nullité ou de résolution déjà expliquées dans ce titre, et de celles qui sont communes à toutes les conventions, le contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la *faculté de rachat* et par la *vileté du prix* (art. 1658).

SECTION PREMIÈRE.

DE LA FACULTÉ DE RACHAT (art. 1659-1673).

I. NOTION ET CONDITIONS DU PACTE DE RACHAT.

1040. La faculté de rachat ou de réméré est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé, *infrà*, aux n°s 1055, 1056 (art. 1659).

Cette convention, usitée sous l'ancien droit, a été conservée afin de donner aux personnes frappées de revers momentanés le moyen de vendre pour se ménager un secours, sans perdre l'espérance de rentrer dans leur propriété. (Exposé de motifs, n° 23, Locré, XIV, 158.)

1041. Sous le code civil, le pacte de réméré est une véritable condition résolutoire, et en a tous les effets. En droit romain, ce pacte était un *pactum adjectum* à la vente, qui faisait naître pour l'acheteur l'obligation de revendre la chose au vendeur, si celui-ci l'exigeait. L'effet de ce pacte était purement personnel entre le vendeur et l'acheteur, et la question s'il pouvait avoir effet contre les tiers était au moins très controversée. (Fr. 12, D., *De præscriptis verbis*, 19, 5; l. 2 et 7, C. *De pactis inter emtorem*, etc., 4, 54; Maynz, *Cours de droit romain*, § 249, 1°, notes 8, 26.) Les auteurs du code ont suivi l'ancienne jurisprudence, qui assimilait le réméré à la condition résolutoire. (Pothier, *Vente*, n° 395.)

A cause de la différence de cet effet avec celui du droit romain, les auteurs l'ont appelé *retrait conventionnel*.

1042. Le code comprend dans la *définition* du pacte de rachat que la reprise de la chose aura lieu *moyennant la restitution du prix principal* (art. 1659). Il suppose donc toujours une fixation de prix. On peut induire de cette disposition que, si les parties avaient stipulé le rachat sans fixer le prix, elles seraient censées l'avoir voulu moyennant le prix de la vente et les autres conditions prescrites par la loi.

1043. Mais les parties peuvent-elles convenir d'un *autre* prix? Sans doute. Aucune raison d'ordre public ne s'y oppose. La définition de l'article 1659 n'est qu'énonciative de ce qui a lieu le plus souvent. Ainsi, le prix peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers; il peut être plus élevé ou moins élevé que le prix de la vente. (Duvergier, II, n° 12.)

Plusieurs auteurs se prononcent pour la validité de la stipulation d'un prix moindre, mais ils n'admettent pas que le prix puisse être plus élevé que celui de la vente; ils donnent pour raison la facilité de couvrir par ce moyen un contrat usuraire. (Troplong, n° 696; Duranton, n° 429.) C'est là une question de fait qui ne peut pas faire fléchir le principe. C'est aux tribunaux

d'examiner si la stipulation du rachat, à un prix plus élevé que celui de la vente, déguise un prêt usuraire. S'il en est ainsi, le prix doit être réduit. Mais on ne peut pas attacher *à priori* la présomption de prêt usuraire à toutes les stipulations de ce genre.

En **Belgique**, l'objection tirée de l'intérêt usuraire n'existe plus depuis la loi du 5 mai 1865, qui proclame la liberté des intérêts. (Voy. *suprà*, n° 75.)

1044. Le pacte de rachat est applicable aux meubles, par exemple aux fonds publics, aux actions industrielles, comme aux immeubles.

II. DES EFFETS DU PACTE DE RACHAT.

A. *De la durée de ce pacte.*

1045. Sous l'ancien droit, la faculté de rachat durait trente ans, si elle n'avait pas été stipulée pour un terme moins long. Les stipulations de réméré faites sous l'ancien droit sont encore régies par l'ancienne prescription.

D'après le code, la faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant *cinq années*. Si elle a été stipulée pour plus longtemps, elle est réduite à ce terme, qui est de rigueur, et ne peut être prolongé par le juge. Faute par le vendeur d'avoir exercé son action de réméré dans le terme prescrit, l'acquéreur demeure *propriétaire irrévocable* (art. 1660-1662). C'est ainsi que le législateur a cherché à concilier l'intérêt particulier du vendeur avec l'intérêt public, qui s'oppose à ce que les propriétés demeurent pendant longtemps incertaines et flottantes. (Discours au Corps législatif, n° 32, Locré, XIV, 251.)

Le délai de cinq ans court du jour du contrat. Ce délai une fois expiré, l'acheteur peut renoncer à la prescription et accorder un nouveau délai, mais sans porter préjudice aux droits des tiers, par exemple de ceux qui auraient acquis une hypothèque sur l'immeuble vendu.

Le délai de cinq ans court contre toutes personnes, même contre le mineur, sauf, s'il y a lieu, le recours contre qui de droit (art. 1663).

B. *Des droits du vendeur.*

1046. « Faute par le vendeur d'avoir *exercé son action* de réméré dans le terme prescrit, l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable », dit l'article 1662. L'article veut dire : *Faute d'avoir usé du droit de réméré.* Car l'action est inutile si l'acquéreur ne se refuse pas au réméré.

On a soulevé la question de savoir de quelle manière le vendeur doit procéder, avant l'expiration du délai, pour conserver tous ses droits. Il faut qu'il constate sa volonté de reprendre le bien vendu, et qu'il fasse à l'acquéreur l'offre du prix et de toutes les autres restitutions dont il est tenu. Ces offres n'ont pas besoin d'être suivies de consignation. Si l'acquéreur refuse de les accepter et d'exécuter le rachat, il est nécessaire que le vendeur fasse un acte interruptif de la prescription (art. 2244). Faute de faire cet acte, l'acheteur pourrait se prévaloir de la prescription.

1047. Le vendeur peut exercer son action contre un second *acquéreur*, quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat (art. 1664). C'est une conséquence de l'idée de considérer le pacte de réméré comme une condition résolutoire. Le vendeur peut agir directement contre le tiers possesseur, sans intervention de l'acquéreur.

Si la chose vendue sous pacte de réméré est un *meuble*, la reprise ne peut pas en être exercée contre le tiers possesseur. Aussi, les priviléges acquis dans l'intervalle par d'autres créanciers sont-ils valables, à moins que ces créanciers n'aient eu connaissance que la chose avait été vendue sous pacte de rachat (art. 2279, alin. 1, 2102, n° 4).

1048. Le vendeur peut céder son droit de retrait à un tiers. Il peut vendre la chose, la grever d'hypothèques ou de servitudes. La validité de cette aliénation et de ces charges dépend de l'exercice ou du non-exercice du retrait.

1049. Si plusieurs ont vendu conjointement, et par un seul contrat, un héritage commun entre eux, ou si celui qui a vendu seul un héritage a laissé plusieurs héritiers, chacun ne peut exercer l'action en réméré que pour la part qu'il y avait (art. 1668,

1669). Mais dans ces deux cas l'acquéreur peut exiger que tous les covendeurs ou tous les cohéritiers soient mis en cause, afin de se concilier entre eux pour la reprise de l'héritage entier; et, s'ils ne se concilient pas, *il sera renvoyé de la demande* (art. 1670). Le motif de cette dernière règle, c'est que l'acquéreur n'a pas acheté des portions distinctes, mais un *seul héritage;* si les vendeurs pouvaient diviser la reprise, il pourrait s'opérer un morcellement de l'héritage contraire à la volonté et aux intérêts de l'acheteur.

Si la vente d'un héritage appartenant à plusieurs n'a pas été faite conjointement et de *tout l'héritage ensemble,* et que chacun n'ait vendu que *la part* qu'il y avait, ils peuvent exercer séparément l'action en réméré sur la portion qui leur appartenait; et l'acquéreur ne peut forcer celui qui l'exercera de cette manière à retirer le tout (art. 1671).

1050. L'exercice du droit de réméré a tous les effets de la condition résolutoire, même à l'égard des tiers. (Rennes, 6 avril 1870, D., 1871, 2, 67.) Le vendeur reprend sa chose, exempte de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'a grevée (art. 1673, et *suprà,* n° 105).

Cette règle souffre exception en ce que le vendeur est tenu d'exécuter les baux faits sans fraude par l'acquéreur. Ce point était controversé dans l'ancienne jurisprudence; la décision du code est fondée plutôt sur des raisons d'utilité que sur la rigueur des principes. L'acquéreur aurait difficilement trouvé des locataires ou des fermiers exposés à chaque instant à se voir expulsés par le vendeur qui exercerait le rachat. (Troplong, n° 776.)

C. *Des droits de l'acquéreur.*

1051. L'acquéreur exerce tous les droits qu'avait son vendeur; si celui-ci était propriétaire de la chose, l'acquéreur en acquiert aussi la pleine propriété, mais elle est résoluble. Dans l'intervalle, il peut prescrire tant contre le véritable maître que contre ceux qui prétendraient des droits ou hypothèques sur la chose vendue (art. 1665). Cette prescription profite au vendeur, s'il rentre dans son héritage.

La règle que l'acheteur peut exercer tous les droits résultant

de la propriété souffre exception en ce que, si la chose vendue était louée au moment de la vente et qu'aucune stipulation ne fût intervenue relativement au locataire, il ne peut pas l'expulser avant l'expiration du délai fixé par le réméré (art. 1751, et *infrà*, au titre *du Louage*).

1052. Si l'acquéreur à pacte de réméré d'une partie indivise d'un héritage s'est rendu adjudicataire de la totalité sur une licitation provoquée contre lui, il peut obliger le vendeur à retirer le tout lorsque celui-ci veut user du pacte (art. 1667). Cette faculté que la loi accorde à l'acquéreur n'a lieu que lorsque la licitation *a été provoquée contre lui*, et non lorsqu'il l'a provoquée lui-même; car autrement il aurait dépendu de *sa* volonté de forcer le vendeur à reprendre le tout ou à renoncer à l'achat. La règle qui précède a pour but d'empêcher une nouvelle indivision et la nécessité d'un nouveau partage entre le vendeur et l'acquéreur. (Troplong, n° 744)

1053. Si l'acquéreur a laissé plusieurs héritiers, l'action en réméré ne peut être exercée contre chacun d'eux que pour sa part, dans le cas où elle est encore indivise, et dans celui où la chose vendue a été partagée entre eux. Cette règle est conforme aux principes généraux.

Mais s'il y a eu partage de l'hérédité, et que la chose vendue soit échue au lot de l'un des héritiers, l'action en réméré peut être intentée contre lui pour le tout (art. 1672 et 1221, n° 2, et *suprà*, n° 146, 2°).

1054. L'acquéreur peut opposer le bénéfice de discussion aux créanciers de son vendeur (art. 1666).

1055. Le vendeur qui use du pacte de rachat doit rembourser non-seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation. Il ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations (art. 1673, alin. 1).

Les réparations d'entretien sont pour le compte de l'acquéreur; elles sont considérées comme une charge des fruits (arg. art. 605, 1754, 1755).

La restitution des dépenses faites pour les réparations *nécessaires* est conforme aux principes généraux. Mais la règle qui oblige le

vendeur à restituer les réparations qui *ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation,* a été considérée par plusieurs auteurs comme pouvant devenir très onéreuse pour lui et comme pouvant donner lieu à des abus; si, par exemple, l'acquéreur avait fait beaucoup de frais et augmenté de beaucoup la valeur de la chose, le vendeur pourrait se trouver dans l'impossibilité de le rembourser. C'est pourquoi ils admettent un pouvoir discrétionnaire du juge de restreindre cette obligation, en se guidant d'après la disposition équitable du fr. 38, D., *De rei vindicatione,* 6, 1. (Duvergier, t. II, n° 48; Aubry et Rau, § 357, note 12.)

Nous croyons que c'est une manière erronée d'interpréter l'article 1673, qui, justement appliqué, ne peut faire craindre cet abus. Car le texte de l'article impose au vendeur l'obligation de rembourser non pas les *améliorations* (comme le fait l'art. 1634) ou les *dépenses* (art. 1635) utiles, mais seulement les *réparations* qui ont augmenté la valeur du fonds. Ce terme indique la limite du droit d'acquéreur. Si ce dernier avait fait sur le fonds des constructions, plantations ou autres ouvrages du genre de ceux dont s'occupe l'article 555 du code, et qui ne seraient pas de simples *réparations,* il y aurait lieu d'appliquer les dispositions des alinéas 1, 2 et 3 de l'article 555 prescrites pour le cas où le possesseur n'est pas de bonne foi. Car l'acquéreur sous pacte de réméré, qui a fait des ouvrages sur le fonds qu'il a acheté sous cette condition, ne peut pas être considéré comme un possesseur de bonne foi, parce qu'il sait qu'il pourra être obligé de rendre cet immeuble. Le vendeur peut donc l'obliger à enlever les ouvrages qu'il y a faits, ou bien les conserver en lui remboursant la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre.. (Voy. t. Ier, n° 950.)

L'acquéreur doit tenir compte au vendeur des dégradations de la chose.

1056. Quant aux *fruits,* il y avait déjà controverse sous l'ancien droit. D'après les principes généraux sur l'effet de la condition résolutoire, toutes les choses devraient être remises au même état que si le contrat n'avait pas existé. Le vendeur devrait donc restituer le prix avec les intérêts; l'acheteur devrait restituer tous les fruits. Le législateur n'a pas eu l'intention d'ap-

pliquer ces règles au réméré. Il a voulu éviter les décomptes, souvent difficiles, de plusieurs années de fruits et d'intérêts; la rédaction de l'article 1673 le prouve. Tous les objets de restitution y sont détaillés; il n'est pas question des intérêts, mais seulement du *prix principal*. S'il n'y a pas de convention particulière des parties, il faut admettre, avec tous les auteurs, que les intérêts et les fruits de la chose sont compensés.

Cette règle serait d'une application facile si le rachat ne se faisait que d'année à année, comme par exemple le bail, et si l'acquéreur faisait autant de récoltes qu'il y avait d'années pendant lesquelles il est resté propriétaire. Mais le rachat peut s'exercer au milieu de l'année lorsque le fonds n'a presque pas encore donné de fruits. Alors les intérêts pourraient n'être pas l'équivalent, à beaucoup près, des fruits. Les auteurs sont d'accord, que, dans ce cas, les fruits de la dernière année, c'est-à-dire de l'année dans le courant de laquelle le rachat a eu lieu, doivent se partager entre le vendeur et l'acquéreur, dans la proportion du nombre de jours qui se sont écoulés depuis la date correspondante de la vente jusqu'au retrait. Les frais de labour et d'ensemencement doivent être déduits (arg. art. 1571). Les auteurs varient un peu sur la manière de faire le partage, mais ils sont d'accord sur le principe. (Troplong, n[os] 769-774; Duranton, n° 424.)

SECTION II.

DE LA RESCISION DE LA VENTE POUR CAUSE DE LÉSION (art. 1674-1685).

I. INTRODUCTION HISTORIQUE.

1057. En droit romain, la lésion n'était d'abord pas une cause de rescision des conventions entre majeurs. Ce ne fut que depuis la loi 2, C., *De rescindenda venditione*, 4, 44, qui est une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien, que celui qui avait vendu une chose pour un prix inférieur à la moitié de sa valeur (*læsio ultra dimidium, læsio enormis*) pouvait demander la

rescision de la vente, si mieux n'aimait l'acheteur suppléer ce qui manquait au juste prix. Cette disposition, exceptionnelle aux règles générales sur la force obligatoire des conventions, est fondée sur la présomption que le vendeur a été contraint par le besoin à vendre à vil prix. La loi ne veut pas que l'acheteur en profite (l. 8, C., *eodem*). Ces deux constitutions n'ont pas été reçues dans le code de Théodose publié dans l'Occident en 438; ce code énonce même positivement la thèse contraire. Mais le principe de la rescision de la vente pour lésion énorme était admis en France, tant dans les pays de coutumes que dans les pays de droit écrit, en vertu du code de Justinien et du droit canon.

Le texte des lois 2 et 8, C., 4, 44, n'accorde qu'au *vendeur* le bénéfice de rescision pour cause de lésion. Mais sous l'ancien droit il y avait beaucoup de controverses sur l'étendue de ce bénéfice; quelques jurisconsultes, par exemple Pothier, n[os] 372, 373, le donnaient également à l'*acheteur*, s'il avait payé au delà du double de la valeur de la chose, et cette opinion était suivie par la jurisprudence; d'autres étendaient même ce principe à *toutes les conventions synallagmatiques*. Cujas en restreignait l'application au vendeur.

1058. La loi du 14 fructidor an III (31 août 1795) abolit pour l'avenir l'action en rescision des contrats de vente, ou équipollents à vente, pour cause de lésion d'outre-moitié entre majeurs, et ordonna que toutes les actions et instances en rescision des ventes alors existantes demeureraient provisoirement suspendues. L'affaire fut renvoyée au comité de législation, pour ce qui concernait l'exercice de cette action à l'égard des ventes existantes. Cette loi était motivée par les circonstances. Il n'était plus possible de reconnaître dans quel cas il y avait lésion, ni de déterminer aucune proportion entre le prix convenu et la valeur réelle de la chose, le papier-monnaie ayant cours forcé d'un côté, et la valeur des immeubles, surtout des biens nationaux, de l'autre côté, étant soumis à une égale mobilité, à cause de l'incertitude des événements politiques.

La loi du 3 germinal an V (23 mars 1797) leva la suspension provisoire de toutes les actions et instances en rescision des ventes pour lésion d'outre-moitié, ordonnée par la loi du 14 fructidor an III. « Le papier-monnaie n'ayant plus de cours forcé, les

motifs de la suspension prononcée par la loi du 14 fructidor an III deviennent sans objet », y est-il dit. Mais cette loi ne *rétablit* pas l'action en rescision des ventes pour lésion d'outre-moitié ; l'abolition était donc maintenue pour l'avenir et pour toutes les ventes postérieures à la loi du 14 fructidor an III.

La loi du 19 floréal an VI (8 mai 1798) règle la manière d'apprécier s'il y a eu lésion dans les ventes faites en papier-monnaie entre particuliers depuis le 1er janvier 1791 jusqu'à la publication de la loi du 14 fructidor an III.

1059. Le projet primitif du code admettait la rescision de la vente pour cause de lésion, et consacrait toute une section à cette matière. Dans leurs observations, les tribunaux d'appel s'étaient tous, à l'exception d'un seul, celui de Rouen, prononcés pour le maintien de la rescision pour lésion, et la section de législation du conseil d'État partageait cette opinion. Au sein du conseil d'État, cette partie du projet rencontra une opposition vive et opiniâtre. Les discussions sur l'adoption du principe de la rescision pour cause de lésion occupèrent deux séances presque entières, celles des 30 frimaire et 21 nivôse an XII (Locré, XIV, 67-73; 76-95). Le premier consul défendait le principe. La séance du 7 pluviôse fut remplie tout entière de la discussion des articles organiques (Locré, 96-113). On peut dire que peu de matières du code ont donné lieu à autant de débats.

1060. La divergence d'opinion des anciens jurisconsultes sur les motifs de la rescision pour cause de lésion se retrouve dans les auteurs du code. Portalis se livre à de longs développements pour défendre l'opinion de Pothier, que l'égalité est de la substance des contrats commutatifs, du nombre desquels est le contrat de vente; que l'iniquité qui s'y rencontre et la lésion que l'une des parties souffre rendent ces contrats vicieux et sujets à rescision ; que, s'il n'y a pas d'équilibre entre la chose et le prix, le contrat est en partie *sans cause*. « Ainsi », dit-il, « l'action rescisoire pour cause de lésion a son fondement dans les *maximes communes à tous les contrats*, et elle est une conséquence immédiate, une conséquence nécessaire de la nature particulière de la vente. » Suivant lui, la vente lésionnaire renfermant un dol, une déception, il y a *dolus in re ipsa;* et le dol consiste, entre autres, aussi en ce qu'un acquéreur avide abuse de la misère et de la

triste situation de son vendeur pour obtenir à vil prix une propriété arrachée au malheur et au désespoir. (Exposé de motifs, nos 26-45, Locré, XIV, 161-183; Pothier, *Vente*, n° 330.)

Il est évident que, si les auteurs du code fussent partis du point de vue que l'égalité est de l'essence des contrats commutatifs, ils auraient dû admettre la rescision pour cause de lésion, non-seulement au profit de l'acheteur, mais au profit de toute partie lésée dans tous les contrats à titre onéreux; et que s'ils avaient considéré la lésion comme étant le résultat d'une déception, ils n'auraient pas dû l'admettre en faveur du vendeur qui connaissait la valeur réelle de la chose vendue. Ils n'ont admis ni l'une ni l'autre thèse.

Faure, dans son Rapport au Tribunat, n° 29, et Grenier, Discours au Corps législatif, nos 33-34, avec beaucoup d'anciens auteurs, considèrent la rescision de la vente pour cause de lésion comme une faveur tout *exceptionnelle* et d'*humanité*, introduite seulement pour le vendeur, qui, par cela seul qu'il a vendu à si vil prix, doit être présumé y avoir été contraint par une nécessité impérieuse. Cette idée, qui est celle des lois romaines, a aussi guidé le législateur moderne; toutes les dispositions organiques de cette matière le démontrent (Locré, XIV, 214-218; 252-254).

II. NOTION, CONDITIONS REQUISES ET PREUVE DE LA LÉSION.

1061. En droit romain la rescision avait lieu si le vendeur n'avait pas reçu la *moitié* (*dimidium*) de la valeur réelle de la chose. D'après le code, il n'y a lieu à rescision que lorsque la *lésion* est de *plus* des sept douzièmes, c'est-à-dire si le vendeur *n'a pas reçu* cinq douzièmes de la valeur (art. 1674). Le motif que Tronchet donne de cette innovation, c'est « parce que c'était établir une règle trop incertaine que de se borner à la moitié; que la différence la plus légère, ne fût-elle que d'un franc, aurait emporté la balance ». (Séance du conseil d'État du 7 nivôse an XII, n° 2, Locré, XIV, 98.)

Pour savoir s'il y a lésion de plus des sept douzièmes, il faut estimer la chose suivant son état et sa valeur au *moment de la vente* (art. 1675). Ainsi, il n'y a pas lésion lorsque le prix *con-*

venu dépasse les cinq douzièmes de la valeur de l'immeuble, quand même la monnaie dans laquelle le payement doit être fait subirait une dépréciation postérieurement au contrat. (Paris, 22 novembre 1811.)

1062. Le droit romain admettait aussi la rescision de ventes de meubles; le code ne l'admet que contre la vente d'immeubles. Il faut entendre le mot *immeuble* dans le sens de l'article 526; l'action en rescision a donc aussi lieu dans les ventes d'un usufruit d'un immeuble, de servitudes, d'actions immobilières, et dans la concession ou cession d'une emphytéose. (Duranton, nos 443, 444; Troplong, n° 793.) Zachariæ la restreint, à tort, aux immeubles corporels (loi belge du 10 janvier 1824).

La rescision n'est pas admise dans les ventes mobilières, parce que les fréquents déplacements des effets mobiliers et l'extrême variation dans le prix de ces effets rendraient impossible un système rescisoire pour cause de lésion dans la vente et l'achat de pareils objets, à moins qu'on ne voulût jeter un trouble universel dans toutes les relations commerciales, et arrêter le cours des opérations journalières de la vie. (Exposé de motifs, n° 39, Locré, XIV, 175.)

Si la vente comprend à la fois des meubles et des immeubles, il faut faire déterminer le prix des uns et des autres par ventilation. (Duranton, n° 439).

1063. La demande en rescision n'est plus recevable après l'expiration de deux années, à compter du jour de la vente. Ce délai court contre les femmes mariées et contre les absents, les interdits, et les mineurs venant du chef d'un majeur qui a vendu. Il court aussi et n'est pas suspendu pendant la durée du temps stipulé pour le pacte de rachat (art. 1676).

Le droit romain admettait la demande pendant trente ans, l'ancienne jurisprudence pendant dix ans. Une longue discussion s'est engagée au conseil d'État sur la durée de cette action; pour concilier la stabilité de la propriété avec l'intérêt du vendeur, on l'a fixée à deux ans. (Séance du conseil d'État du 7 pluviôse an XII, nos 5 et 6, Locré, XIV, 99-107.)

1064. De la *preuve* de la lésion. Le demandeur doit articuler d'une manière précise les faits sur lesquels il fonde la lésion. Il doit, autant que possible, y ajouter les moyens de preuve. Si le

juge ne trouve pas les faits assez vraisemblables, ou pas assez graves pour faire présumer la lésion, il peut *rejeter* la demande, sans entrer dans un examen ultérieur. Si la lésion est vraisemblable, le juge rendra un jugement qui admettra le demandeur à en faire la preuve par une expertise (art. 1677).

Cette preuve ne peut se faire que par un rapport de trois experts, qui sont tenus de dresser un seul procès-verbal commun, et de ne former qu'un seul avis, à la pluralité des voix. S'il y a des avis différents, le procès-verbal en contiendra les motifs, sans qu'il soit permis de faire connaître de quel avis chaque expert à été. Les trois experts seront nommés d'office, à moins que les parties ne se soient accordées pour les nommer tous les trois conjointement (art. 1678-1680). Les parties peuvent aussi convenir qu'il sera procédé à l'évaluation par un seul expert (code de procédure, art. 303.)

Les juges ne sont pas astreints à suivre l'avis des experts (code de proc., art. 323). Ils peuvent aussi s'aider d'autres éléments pour former leur conviction.

III. DES EFFETS DE LA LÉSION.

1065. La lésion donne lieu à une action rescisoire au profit du vendeur. En droit romain, cette action était purement personnelle et ne pouvait être intentée que contre l'acquéreur, et non contre le tiers détenteur. D'après le code, qui a suivi l'ancienne jurisprudence, l'action a un caractère réel; elle peut être intentée contre le tiers détenteur de l'immeuble, et produit, comme le rachat, l'effet de la condition résolutoire avec effet rétroactif. (Pothier, n° 331; art. 1681, et *suprà*, n° 106.) Si la rescision de la vente a lieu, l'acheteur doit rendre la chose avec les fruits, mais seulement *du jour de la demande*, et le vendeur doit restituer le prix avec les intérêts, aussi du jour de la demande, ou du jour du payement, si l'acheteur n'a touché aucuns fruits (article 1682).

L'action en rescision est *immobilière*, parce qu'elle a pour objet la revendication d'un immeuble (art. 526). (Gand, 30 novembre 1871, P., 1872, 147.)

1066. Si l'action en rescision est admise, l'acheteur a le choix

ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total. Le tiers possesseur a le même droit, sauf sa garantie contre son vendeur (art. 1681). Si l'un ou l'autre préfère garder la chose en fournissant le supplément du juste prix, il doit l'intérêt du supplément, du jour de la demande en rescision (art. 1682, alin. 1).

L'obligation de l'acquéreur n'est pas *alternative;* il ne doit pas rendre la chose *ou* suppléer le prix; elle est pure et simple ayant pour objet la restitution de la chose, et le vendeur n'a aucun *droit* au supplément du prix; mais l'acheteur a la faculté de se libérer en payant ce supplément; c'est donc une obligation *facultative*. (Voy. *suprà*, n° 111.)

La disposition qui permet de déduire un dixième est neuve; en droit romain, il fallait suppléer jusqu'à concurrence du juste prix. Le motif qu'on a donné pour ce changement, c'est que le vendeur qui a vendu pour moins de cinq douzièmes aurait certainement vendu pour les neuf dixièmes du prix (Locré, XIV, 109).

1067. Les règles exposées *suprà*, aux nos 1049 et 1053, sur le réméré, pour le cas où plusieurs ont vendu conjointement ou séparément, et pour celui où le vendeur ou l'acheteur a laissé plusieurs héritiers, sont pareillement observées pour l'exercice de l'action en rescision (art. 1685).

IV. DES CAS DANS LESQUELS LA RESCISION POUR LÉSION N'A PAS LIEU.

1068. 1° La rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de l'acheteur (art. 1683);

2° Elle n'a pas lieu en toutes ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice (art. 1684). « *En vente faite par décret, ne chet rescision pour déception d'outre-moitié de juste prix.* » (Loysel, *Instit. cout.*, n° 412.) Lorsque la vente *pouvait* être faite autrement que par autorité de justice, la rescision pour lésion est admissible; par exemple lorsqu'une licitation a été faite entre majeurs (Troplong, nos 856, 857);

3° Si le vendeur a expressément renoncé à la rescision, *postérieurement* au contrat, et lorsqu'il avait déjà touché le prix. Mais la rescision ne cesse pas, si le vendeur y a renoncé dans le con-

trat même de vente, ou s'il a déclaré, dans ce contrat, qu'il fait à l'acheteur donation de la plus-value, c'est-à-dire de la différence entre le prix et la valeur réelle du fonds. Car, de semblables clauses deviendraient de style dans les actes et rendraient illusoire le bénéfice que la loi accorde aux vendeurs malheureux (art. 1674);

4° Si le testateur a ordonné à son héritier de vendre une certaine chose pour un prix déterminé : c'est une donation partielle (fr. 49, § 9, D., *De legatis* 1°, 30);

5° Si l'immeuble a péri par cas fortuit. La restitution est devenue impossible (art. 1647). Si la chose a péri par la faute de l'acheteur, il y a lieu à des dommages-intérêts;

1069. 6° La rescision n'a pas lieu dans l'*emtio spei*, c'est-à-dire dans toutes les ventes qui offrent un caractère aléatoire et qui présentent des chances de gain ou de perte. Dans ces ventes, il est très-difficile, le plus souvent impossible, de fixer d'une manière précise les proportions entre le prix et la valeur de la chose. Cette raison indique en même temps la limite de l'exception. S'il est possible de fixer cette proportion, et si, même dans la chance la plus défavorable à l'acquéreur, le vendeur n'obtenait pas les cinq douzièmes du prix, il y aurait lieu à la rescision. Ainsi, par exemple, ordinairement la rescision pour lésion n'a pas lieu dans les ventes à charge d'une rente viagère; mais si la rente ne dépassait pas la valeur des fruits de l'immeuble, il est évident qu'il y aurait lésion. (Cass. fr., 22 février 1836; Gand, 16 nov. 1871, P., 1872, 66, et 30 nov. 1871, P., 1871, 147.) Il en est de même dans la vente de la nue propriété, dans la vente d'une succession ouverte. Toutes les fois que l'on peut déjà établir la lésion immédiatement après la vente, sans qu'un autre événement influe sur la proportion entre le prix et la valeur de la chose, on doit admettre la rescision. (Brux., 9 mai 1866, P., 1866, 228.) Mais elle ne doit pas être admise dans les ventes aléatoires, dans lesquelles la proportion entre le prix et la valeur de la chose ne peut être fixée que par un *événement futur*, et *incertain* au moment du contrat.

CHAPITRE VII.

DE LA LICITATION. (Art. 1686-1688.)

1070. La licitation, c'est la vente aux enchères, faite par les copropriétaires d'une chose commune. Elle peut avoir pour objet des meubles ou des immeubles.

Si une chose commune à plusieurs ne peut être partagée commodément et sans perte; ou si, dans un partage fait de gré à gré de biens communs, il s'en trouve quelques-uns qu'aucun des copartageants ne puisse ou ne veuille prendre, la vente s'en fait aux enchères, et le prix en est partagé entre les copropriétaires. Chacun des copropriétaires est le maître de demander que les étrangers, c'est-à-dire des personnes autres que les copropriétaires soient appelés à la licitation : ils sont nécessairement appelés lorsque l'un des copropriétaires est mineur (art. 1686-1687, 827).

Le mode et les formalités à observer pour la licitation sont exposés au titre *des Successions* (art. 827, 838, 839) et au code de *procédure* (art. 966-985).

1071. La licitation a, pour les copropriétaires de la chose, tous les effets d'un partage, quand même des étrangers y auraient été admis (art. 883, 1872); mais, par rapport à l'étranger qui s'est rendu adjudicataire, la licitation est une vente. L'acquéreur reçoit la chose avec les charges dont les copropriétaires l'ont grevée pendant l'indivision. (Troplong, n° 876.)

CHAPITRE VIII.

DU TRANSPORT DES CREANCES ET AUTRES DROITS INCORPORELS. (Art. 1689-1701.)

NOTION ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

1072. La cession est le transport d'un droit (d'une chose incorporelle) à une autre personne (le *cessionnaire*), par acte entre-vifs. Elle peut être faite à titre gratuit et à titre onéreux. Lorsque

la cession a lieu à titre onéreux, moyennant une somme déterminée d'argent, elle constitue une vente, et elle est régie par tous les principes sur la vente.

1073. Par la cession, le débiteur de la créance, appelé aussi *débiteur cédé*, reçoit un autre créancier; mais la *dette* est absolument la même quant à sa nature et à son origine. La cession n'opère pas novation, comme la délégation (art. 1271, alin. 3, et *suprà*, n° 218). C'est une simple succession d'une autre personne dans le même droit. Elle se fait sans qu'il y ait une convention entre le créancier (le *cédant*) et le débiteur, ou entre le débiteur et le cessionnaire. Elle peut se faire sans le consentement et la volonté du débiteur. Elle est parfaite par l'accord entre le cédant et le cessionnaire sur la chose et sur le prix (art. 1583).

1074. En règle générale, tous les droits et toutes les actions qui sont dans le commerce peuvent être l'objet de la cession, sauf les exceptions résultant soit d'une prohibition expresse de la loi, soit de la nature du droit. Les exceptions ne peuvent pas être comprises sous un principe, parce qu'elles sont fondées sur des causes différentes; elles doivent être expliquées à l'occasion de chaque matière.

On peut céder des droits réels ou personnels, des droits présents et futurs (Brux., 13 juin 1864, P., 1869, 316; Cass. fr., 27 janvier 1875, D., 1875, 1, 363), purs et simples ou conditionnels, des créances à terme et des créances alternatives. On peut céder conditionnellement des droits purs et simples, comme on peut céder purement et simplement des droits conditionnels.

1075. Le chapitre VIII traite de trois espèces différentes de cessions qui seront examinées séparément, savoir : 1° de la cession des *créances;* 2° de la cession d'une *hérédité;* 3° de la cession des *droits litigieux*.

I. DE LA CESSION DES CRÉANCES.

A. *Des obligations du cédant.*

1076. Le cédant a, comme tout autre vendeur, deux obligations principales : celle de *délivrer* et celle de *garantir* le droit vendu (art. 1603).

1077. 1° La *tradition* ou *délivrance* d'un *droit* consiste dans le fait de mettre le cessionnaire à même d'en disposer et de le faire valoir. Elle s'opère entre le cédant et le cessionnaire ou par la remise des titres constitutifs de la créance, ou par l'usage que l'acquéreur ou cessionnaire en fait du consentement du vendeur ou cédant (art. 1607, 1689, et *suprà*, n° 977).

1078. 2° De la *garantie*. Le cédant doit garantir l'*existence légitime de la créance* au moment de la cession, avec tous ses accessoires tels que caution, privilége ou hypothèque, bien que la garantie n'ait pas été stipulée (*nomen verum, garantie de droit*, art. 1692, 1693).

La garantie de l'existence de la créance au temps du transport comprend non-seulement l'existence du *titre*, mais encore la garantie : 1° que la *créance* a pris naissance; 2° qu'elle a une origine *légitime*, c'est-à-dire qu'elle n'est pas entachée d'un vice et qu'elle ne peut pas être annulée ou rescindée par une exception qui en annule l'effet, par exemple de dol ou de violence; si le cessionnaire découvre que la créance est entachée d'un vice qui l'expose à la rescision, il faut lui accorder la faculté donnée à l'acheteur de suspendre le payement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble ou fourni caution (art. 1653, et *suprà*, n° 1028); 3° que le cédant en est réellement propriétaire; 4° qu'elle n'est pas *éteinte* par un mode de libération quelconque, par exemple, par payement, prescription, compensation.

L'effet de cette garantie, dans le cas où la créance n'existe pas, est d'obliger le cédant à rembourser au cessionnaire le *prix de la cession*, et non pas la valeur nominale de la créance (arg. article 1694), les intérêts du prix, les frais du contrat, les loyaux coûts, et tous les autres dommages-intérêts, si, par exemple, le cessionnaire avait fait contre le débiteur cédé des frais de poursuite (art. 1630, et *suprà*, n°s 1003, 1004; Troplong, n° 945; Duvergier, II, n° 263). La question est controversée. Suivant d'autres auteurs, le cessionnaire a droit au capital nominal. (Colmet de Santerre, t. VII, n° 139 *bis*, V; Laurent, XXIV, n° 549.)

La garantie n'est pas due, si la cession était à titre gratuit (voy. t. II, n° 1886).

1079. Les parties peuvent diminuer ou augmenter l'obligation

de garantie; *diminuer*, en convenant que le cédant ne sera tenu à aucune garantie. Mais, dans ce cas, il faut décider qu'il n'en est pas moins tenu de restituer le prix, sans dommages-intérêts, excepté dans deux cas : si le cessionnaire a connu l'incertitude de la créance, ou s'il a acheté à ses risques et périls, le tout avec l'exception indiquée dans l'article 1628; par exemple, s'il en avait reçu le payement ou s'il y avait renoncé. (Voy. *suprà*, nos 1008, 1009.)

1080. La garantie peut être *augmentée*. D'après la loi, le cédant ne répond pas de la solvabilité du débiteur (*præstare debet nomen verum sed non bonum*, art. 1694). Il peut promettre la garantie de la *solvabilité* du débiteur; on l'appelle *garantie de fait*.

Cette promesse ne s'entend que de la solvabilité *actuelle*, c'est-à-dire au moment du contrat, et ne s'étend pas au temps à venir, si le cédant ne l'a expressément stipulé; et elle rend le cédant responsable seulement jusqu'à concurrence du prix qu'il a retiré de la créance, et non de sa valeur nominale, à moins d'une stipulation contraire (art. 1694, 1695).

1081. Lorsque la cession a été faite *avec garantie*, les parties sont censées avoir entendu parler de la garantie de la solvabilité du débiteur, puisque la garantie de l'existence de la créance avait lieu de droit, et qu'il faut toujours interpréter les conventions de manière à offrir un sens (art. 1157). On attache le même effet à la clause de *garantie de tous troubles et empêchements*. (Troplong, n° 938.)

La clause de *fournir et faire valoir*, ainsi que la promesse du cédant de payer lui-même à une époque convenue ou après un commandement resté sans effet, renferment garantie de la solvabilité actuelle et future du débiteur. (Pothier, *Vente*, nos 561, 563; Troplong, n° 939.)

1082. Le cédant doit aussi répondre du payement de la créance lorsqu'il a connu l'insolvabilité du débiteur au moment de la cession. Il y a dol de sa part, à moins que l'insolvabilité ne fût connue du cessionnaire lui-même. (Pothier, n° 573; fr. 74, § 3, D., *De evictionibus*, 21, 2.)

Suivant quelques jurisconsultes, le cédant est toujours garant de la solvabilité lorsque la créance a été cédée en payement. Cette exception à la règle générale ne peut être justifiée.

1083. La garantie de la *solvabilité* établit entre le cédant et le cessionnaire un rapport nouveau. On peut demander : Quand l'obligation de payer est-elle encourue de la part du cédant? Il faut distinguer :

1° La convention prévoit et règle les différentes hypothèses. Il faut la suivre. Par exemple, il a été convenu que le cédant payerait après commandement au débiteur resté sans effet; ou qu'il payerait à une époque convenue, si le débiteur ne payait pas. Il suffit que le cessionnaire justifie, dans le premier cas, du commandement, dans le second, de la mise en demeure du débiteur, pour que le cédant soit tenu de payer. Mais, même dans ces cas, le cessionnaire est tenu de prendre toutes les mesures conservatoires ordinaires; par exemple, il doit renouveler les hypothèques, conserver les priviléges (Zachariæ, § 359 *bis*, à la fin).

2° L'acte de transport ne règle rien. Il est certain que le cessionnaire, porteur du titre, doit prendre toutes les mesures conservatoires de la créance, et qu'il doit l'exiger à son terme. Si les sûretés ont été diminuées par sa négligence, il n'a de ce chef aucun recours contre le cédant. (Agen, 6 déc. 1871, D., 1872, 2, 174.) Il doit aussi poursuivre le débiteur, discuter les cautions fournies et les hypothèques établies pour sûreté de la créance, même entre les mains des tiers, avant de pouvoir recourir contre le cédant.

Le cédant n'est pas tenu, comme la caution, d'avancer les deniers suffisants pour faire la discussion (art. 2023). Il suffit, qu'après la discussion du débiteur, il indique les biens qui peuvent encore être discutés. La position du cédant ne doit pas être en tout assimilée à celle de la caution. Le cessionnaire, en prenant la qualité de créancier, est censé l'avoir prise avec toutes les éventualités des poursuites, s'il n'y a pas convention contraire. L'obligation du cédant n'est encourue que lorsque tous les moyens de poursuite dont le cessionnaire était investi seront démontrés sans effet.

B. *Des effets de la cession pour le cessionnaire.*

1084. Le cessionnaire doit payer au cédant le prix de la cession. Il succède aux droits du cédant et profite de tous les acces-

soires de la créance, tels que cautions, priviléges, hypothèques. Il peut faire valoir tous les moyens d'exécution dont la créance est revêtue; par exemple, si elle est fondée sur un titre exécutoire, il peut poursuivre directement le débiteur. Il peut aussi faire valoir tous les moyens indirects pour parvenir à l'exécution du contrat; par exemple, si la créance provient d'un contrat synallagmatique, il peut demander la résiliation, en vertu de l'article 1184, si le débiteur n'exécute pas son engagement. (Paris, 17 août 1877, D., 1878, 2, 36.)

1085. Le débiteur ne peut plus payer qu'au cessionnaire. Mais il peut aussi opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant, non-seulement les exceptions relatives à l'*extinction* de la créance, telles que le payement, la remise (*pactum de non petendo*), la prescription, la compensation, mais aussi celles qui se rapportent à la *validité* de la créance, par exemple l'exception de dol, de violence, d'erreur, de lésion, etc., et celles qui modifient le mode de payement, par exemple que le payement pourra avoir lieu en partie, la remise partielle ou conditionnelle, etc. Ce *principe* n'est pas sujet à contestation. (Liége, 14 février 1872, P., 1872, 240; Cass. fr., 13 mars 1872, D., 1872, 1, 255; 9 décembre 1874, D., 1875, 1, 411.)

1086. Mais ce qui a fait naître une grande controverse, c'est la question de savoir si le débiteur cédé peut opposer au cessionnaire des quittances données par le cédant, bien qu'elles n'aient *pas date certaine?* Le plus souvent on ne se sert que de quittances sous seing privé, sans les faire enregistrer. Le cessionnaire doit-il être considéré, à l'égard du débiteur cédé, comme *un tiers*, ou bien comme l'ayant cause du cédant? Faut-il appliquer l'article 1328 ou l'article 1322? (*Suprà*, nos 332-336.)

Suivant les uns, le cessionnaire est un tiers à l'égard du débiteur; les actes faits entre ce dernier et le cédant ne peuvent être opposés au cessionnaire qu'autant qu'ils ont date certaine. Ce système a peu de partisans.

D'autres professent l'opinion tout à fait opposée. Les quittances du cédant, même quand elles n'ont pas de date certaine, peuvent toujours être opposées au cessionnaire, par le motif que le cessionnaire est l'ayant cause du cédant; que, par conséquent, la

quittance prouve, par la seule date et la signature, contre lui, comme elle aurait prouvé contre le cédant qui n'aurait pas pu opposer le défaut de date certaine (art. 1322). Cependant, cette opinion n'exclut pas la preuve contraire que la quittance n'est pas réelle.

Entre ces deux opinions extrêmes se placent des opinions intermédiaires, qui en font une question de fait et laissent au juge l'appréciation de la sincérité des quittances. (Duranton, n° 504; Zachariæ, § 359 *bis*.)

Troplong, n° 920, penche, en principe, plutôt pour la première opinion; mais il admet le tempérament que les quittances doivent être admises contre le cessionnaire si le débiteur en a excipé dès l'instant de la signification du transport; et que, s'il garde le silence, il ne sera pas reçu à alléguer qu'il a payé des à-compte au cédant.

1087. La seconde opinion est préférable; car bien que le cessionnaire soit successeur à titre particulier, il faut le considérer comme l'ayant cause du cédant plutôt que comme un tiers. La loi ne définit pas ce que c'est que le tiers ou l'ayant cause. Le cessionnaire prend tout à fait la place du cédant. Le débiteur n'a pas contracté avec lui; il se trouve, envers lui, dans un lien de droit sans le vouloir. Si la loi admet cette substitution d'un créancier à un autre, elle ne veut certainement y attacher aucun désavantage quelconque pour le débiteur; ce serait une injustice que de donner à son créancier la faculté d'aggraver sa position. Or, *avant* la cession, les quittances délivrées par le cédant avaient une force probante pleine et entière contre lui; ni lui, ni ses héritiers ne pouvaient contester l'authenticité de la date, même non enregistrée; elle était prouvée par la seule signature du créancier. Le débiteur a pu se contenter de ce moyen de preuve; il suffisait dans l'état des choses où il se trouvait. Si, par un fait postérieur, ce même moyen ne suffit plus pour établir sa libération, il se trouve dans une position d'autant plus désavantageuse, qu'il ne dépend plus de lui de donner à la quittance, dont la date faisait suffisamment preuve jusqu'alors, une date plus assurée.

On peut alléguer, à l'appui de cette opinion, l'analogie de la position du tiers saisi. La loi n'exige pas même de lui la preuve de sa libération par des actes ayant date certaine. Car autrement

les dispositions des articles 571-574 du code de procédure, par lesquelles il est exigé que le tiers saisi *affirme* la sincérité de sa déclaration touchant ce qu'il doit et les payements qu'il a pu avoir faits seraient inutiles, puisqu'il suffirait de la preuve par actes authentiques ou ayant date certaine.

Les considérations d'équité sont toutes en faveur de ce système. Si les quittances sans date certaine prouvent contre le cessionnaire, dit-on, cela facilite le concert frauduleux entre le cédant et le débiteur. Mais dans le système de la première opinion, le concert frauduleux entre le cédant et le cessionnaire serait tout aussi facile. Si le cédant avait conservé le titre, il suffirait de le céder pour faire payer le débiteur une seconde fois. Il y a encore une considération, c'est que le cessionnaire peut déférer au débiteur le serment sur la sincérité des quittances, et le débiteur ne peut pas éviter ou de le prêter ou de le refuser; tandis que le débiteur, dont les quittances ne seraient pas admises, ne pourrait pas déférer au cessionnaire le serment sur le fait du payement, puisque ce fait ne lui est pas personnel. (Voy. *suprà*, n°s 436 et 437.)

Enfin, cette opinion a pour elle de puissants motifs d'utilité. (Voy. n° 336; Laurent, XIX, n°s 332-335; XXIV, n° 537.)

C. *Effets de la cession pour le débiteur et pour les tiers.*

1088. A l'égard du débiteur et des tiers, la créance n'est transmise au cessionnaire que depuis le moment où l'acte de transport a été signifié au débiteur, ou lorsque le débiteur a accepté le transport, dans un acte authentique (art. 1690).

« Simple transport ne saisit point », disait l'adage coutumier. (Loysel, *Institutes coutumières*, n°s 365 et 658; et la Coutume de Paris, art. 108, ajoutait : « *Il faut signifier le transport à la partie et en bailler copie.* » Pour être saisi à l'égard des tiers, le cessionnaire doit signifier l'acte de transport même et non seulement le *fait* de la cession. (Cass. belge, 28 janvier 1859; B. J., t. 17, 198; P., 1860, 359.)

D'après la loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851, article 5, la cession d'une créance *privilégiée* ou *hypothécaire* inscrite ne peut être opposée au tiers, si elle ne résulte d'un acte authen-

tique ou d'un acte sous seing privé reconnu en justice ou devant notaire, et s'il n'est fait, en marge de l'inscription, mention de la date et de la nature du titre du cessionnaire, avec indication des noms, prénoms, professions et domiciles des parties. Cette disposition ne déroge pas à l'article 1690 du code civil. (Gand, 27 nov. 1863, P., 1864, 311.)

La loi **française** du 23 mars 1855 n'ordonne pas l'inscription des cessions des créances privilégiées ou hypothécaires.

Le cessionnaire peut être également saisi, mais à l'égard du *débiteur* seulement, par l'acceptation de ce dernier, soit dans un acte sous seing privé, soit même verbalement. (Troplong, n° 901.) De quelque manière que le débiteur manifeste son acceptation, dès ce moment il ne peut plus payer valablement au cédant. L'acceptation peut même être tacite; elle peut résulter de certains actes, par exemple, du payement des intérêts ou arrérages échus au moment du contrat. (Cass. fr., 6 février 1878, D., 1878, 1, 275.)

Mais si, avant la signification du transport au débiteur, ou avant son acceptation, celui-ci avait payé le cédant, il serait valablement libéré (art. 1691).

1089. Les anciens commentateurs étaient divisés sur la question de savoir si la connaissance indirecte ou accidentelle que le débiteur pouvait avoir de la cession suffisait pour saisir le cessionnaire à son égard. En principe, il faut se prononcer pour la négative; car le principal effet de la cession, pour le débiteur, c'est de devoir et de pouvoir valablement payer au cessionnaire, c'est-à-dire à une personne autre que celle qui est son créancier primitif. Pour cela, il faut que le débiteur y soit autorisé ou par le cédant lui-même, ou par la preuve que celui-ci a transporté son droit au cessionnaire. Hors ces cas, le débiteur ne peut être *autorisé* à payer à un autre qu'à son créancier, et s'il le faisait, il serait exposé à payer deux fois, ou tout au moins, en cas de contestation, ce serait à lui de prouver que la cession a eu lieu. La connaissance indirecte de la cession au cessionnaire peut encore moins *obliger* le débiteur à payer; car cette *obligation* suppose que l'acquisition du droit par le cessionnaire a été prouvée au débiteur. (Colmet de Santerre, t. 7, n° 136 *bis*, V.)

Mais, suivant les circonstances, la connaissance indirecte que

le débiteur avait de la cession peut servir à prouver un concert frauduleux, s'il a néanmoins payé au cédant. (Cass. fr., 17 février 1874, D., 1874, 1, 289.)

1090. La signification du transport peut être faite par le cédant ou par le cessionnaire. La loi ne distingue pas. Elle doit être faite à la personne ou au *domicile réel* du débiteur, et non pas au domicile élu pour l'exécution de la convention, la cession n'ayant aucun rapport avec l'exécution de la convention. (Cass. fr., 4 mai 1874, D., 1874, 1, 489.)

Lorsque plusieurs significations ont été faites le même jour, la préférence appartient à la première, si l'heure de chacune est indiquée. L'art. 2147 (loi hypothécaire belge, art. 81) ne doit pas être étendu à d'autres matières qu'à l'inscription des hypothèques; le débiteur est donc lié par cette première signification. (Troplong, n° 903.) Le défaut de la signification ne peut jamais être opposé par le cédant au cessionnaire (art. 1583).

1091. Avant la signification ou l'acceptation du transport par le débiteur, le cédant peut intenter toutes les actions et exercer toutes les poursuites contre le débiteur. (Bruxelles, 13 fév. 1879, Pas. 1879, 142.) Ce dernier ne peut pas lui opposer les exceptions qu'il pourrait opposer au cessionnaire, par exemple la compensation, s'il avait une créance contre ce dernier. Mais il peut encore se libérer en passant avec le cédant un acte d'extinction d'obligation quelconque.

II. DE LA CESSION D'UNE HÉRÉDITÉ (art. 1696-1698).

A. *Notion.*

1092. On ne peut vendre une hérédité ou une succession que lorsqu'elle est *ouverte* (art. 1600, 791, 1130; *suprà,* n° 34). Il faut bien distinguer trois espèces de vente :

1. Celle des *objets qui composent une succession*. C'est une vente ordinaire, régie par les principes généraux. Ce n'est pas une *hérédité* (*universitas juris*) qui a été vendue;

2. La vente *d'une hérédité*. Elle a pour objet tous les droits qu'une personne a en vertu de sa qualité d'héritier d'une succession déterminée ou d'une part déterminée de cette succession.

L'héritier ne garantit pas le montant de la succession, ni son droit à tel ou tel objet de la succession, ni telle ou telle créance. Mais tout ce qu'il doit garantir, c'est la réalité de sa *qualité d'héritier* (art. 1696);

3. La vente de tous les droits, certains ou incertains, que l'on peut avoir à une succession. Le vendeur ne garantit absolument rien, pas même sa qualité d'héritier; il a vendu une *chance;* c'est un contrat aléatoire. A cette différence près, elle est régie par les mêmes principes que celle indiquée sous le n° 2. Si le vendeur avait *su* qu'il n'était pas héritier, le contrat serait nul pour cause de dol.

B. *Effets de la cession d'une hérédité.*

1. POUR LE VENDEUR OU CÉDANT.

1093. S'il n'y a pas de stipulation particulière, il est censé avoir vendu la succession avec tous les droits et obligations qu'elle avait au *moment du décès du testateur,* sauf toutefois les actes de disposition et d'administration faits par le vendeur lui-même, qui seront maintenus. Le cessionnaire prend la succession dans l'état où elle se trouve au moment du transport; mais il a droit à tout ce qu'elle a produit depuis lors, au prix de ce qui a été vendu, au remboursement de toutes les dettes qui ont été payées à l'héritier; il peut faire valoir toutes les actions acquises à l'hérédité avant ou après l'ouverture; par exemple, si un tiers avait causé des dommages à la succession, l'action en réparation appartient au cessionnaire (art. 1697).

1094. Mais aurait-il également un recours contre l'héritier cédant pour les pertes qu'il aurait occasionnées par sa mauvaise administration? Le droit romain, fr. 2, § 5, D., *De hæreditate,* etc., 18, 4, rend l'héritier responsable de toutes les détériorations arrivées par son dol ou sa faute lourde. La succession est considérée comme une personne; elle a des droits et des obligations. L'acquéreur doit faire au vendeur de l'hérédité raison de tout ce dont celui-ci est créancier; il est donc juste qu'il puisse aussi poursuivre contre l'héritier tout ce dont ce dernier est débiteur. Si le vendeur veut se couvrir, il n'a qu'à faire une réserve particulière. (Troplong, n° 966.)

Si cependant le cessionnaire avait pris connaissance exacte de l'état de la succession au moment de la cession, il serait censé l'avoir acquise dans l'état où elle était, et il faudrait lui refuser le recours contre l'héritier pour mauvaise administration.

1095. La cession de l'hérédité a un effet rétroactif entre le cédant et la succession, en ce sens qu'elle fait cesser la confusion qui s'était opérée par la réunion, en la même personne, de la qualité de débiteur et de celle de créancier. L'héritier doit payer au cessionnaire tout ce qu'il devait au défunt, de même qu'il peut réclamer ce que le défunt lui devait. Les servitudes actives des fonds de la succession qui grevaient les fonds de l'héritier revivent, et *vice versâ* (art. 705).

Mais la confusion ne cesse *qu'entre parties;* elle ne cesse pas à l'égard des tiers. Ainsi, les priviléges, hypothèques et cautionnements attachés à la créance que la succession avait contre l'héritier, sont anéantis par la confusion, et ils ne revivent plus. Il en est de même des accessoires des créances que l'héritier avait contre la succession (arg. art. 1299; Duranton, n° 526).

1096. Suivant plusieurs auteurs, le vendeur d'une succession, quand même elle comprendrait des immeubles, ne peut, en général, intenter l'action en rescision pour lésion, la vente ayant un caractère aléatoire, et la résolution ne pourrait être admise que lorsqu'il y a des circonstances particulières qui rendraient la lésion évidente, même dans l'éventualité la plus défavorable; par exemple, si l'on était convenu qu'en cas où l'hérédité n'offrirait aucun actif, le prix serait restitué; ou si le vendeur s'était chargé de toutes les dettes, ou s'il s'était engagé à garantir contre l'éviction de tous les immeubles, etc. (Troplong, n° 790.)

Cette opinion est juste sans doute, en ce qui concerne les cas d'exceptions, dans lesquels elle admet l'action résolutoire. Elle est juste encore si la vente a pour objet des droits éventuels et si la qualité d'héritier même n'était pas garantie; car alors elle a réellement un caractère aléatoire (*suprà,* n° 1092, 3°). Mais il n'en est pas de même de la vente d'une hérédité dans le sens de l'article 1696. L'état de la succession peut être exactement établi; aucun événement postérieur n'influe sur la proportion entre le prix et la valeur de la chose; cette vente peut être aléatoire pour les parties, parce qu'elles n'en connaissent pas l'état; mais, en

réalité, elle ne l'est pas. De plus, les motifs qui ont fait introduire l'action rescisoire pour cause de lésion s'appliquent *à fortiori* à la vente d'une succession. Au besoin réel, qui décide à vendre à vil prix, se joint la crainte de la longueur de la liquidation de la succession et l'incertitude du résultat. Il y a donc lieu d'admettre *en principe* l'action résolutoire pour lésion dans la vente d'hérédité, quand elle comprend des immeubles.

1097. Le vendeur conserve, à l'égard des tiers, la qualité d'héritier : *Semel hæres, semper hæres*. Il répond des dettes de la succession (art. 780).

2. EFFETS POUR L'ACQUÉREUR OU CESSIONNAIRE.

1098. L'acquéreur doit rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé pour les dettes et charges de la succession, et lui faire raison de tout ce dont il était créancier, s'il n'y a stipulation contraire (art. 1698).

Ce que l'héritier a payé par erreur à un créancier supposé, il ne peut pas le répéter contre le cessionnaire, de même qu'il ne doit pas payer au cessionnaire ce qu'il a indûment reçu. (Fr. 2, § 7, D., *De hæreditate*, etc., 18, 4; Duranton, nº 523.)

Il peut exercer tous les droits appartenant à la succession; il doit en acquitter toutes les charges. Si les créanciers de la succession poursuivent l'héritier, celui-ci peut appeler le cessionnaire en garantie. Mais les créanciers peuvent aussi le poursuivre directement, en vertu de l'article 1166.

1099. Le cessionnaire est saisi du droit cédé par la seule cession. Toutefois quelques arrêts décident que la cession doit être soumise à la formalité de la signification pour opérer saisine à l'égard des tiers. Mais ni les termes, ni l'esprit des articles 1689 et 1690 n'autorisent cette extension; car un droit héréditaire n'est pas une créance, une action ou un droit *contre un tiers;* c'est plutôt un droit réel sur une universalité de choses. (Duvergier, II, nº 346; Troplong, nº 981; Cass. fr., 6 juillet 1858, D., 1858, 1, 414.)

Par application de la même règle il a été décidé qu'une société nouvelle, substituée activement et passivement à une société ancienne dissoute, peut poursuivre les débiteurs de cette société, sans devoir faire les significations prescrites par l'article 1690.

(Bordeaux, 5 août 1868, D., 1869, 2, 111. *Contrà,* Cass. fr., 28 avril 1869, D., 1869, 1, 445, qui, dans ce cas, prescrit la signification.)

1100. Le cessionnaire doit admettre contre lui le *retrait successoral* établi par l'article 841, pourvu que la cession soit à titre onéreux.

III. DE LA CESSION DE DROITS LITIGIEUX (art. 1699-1701).

A. *Observations historiques.*

1101. Diverses lois romaines défendaient l'aliénation, donc aussi la cession d'un droit dès qu'il est devenu *litigieux*. Semblable cession était nulle et sans effet, et le procès continuait entre le créancier primitif et son débiteur, comme si la cession n'avait pas eu lieu : *tanquam nihil factum, lite nihilominus peragenda.* Il y avait, en outre, des peines pour le cédant et le cessionnaire, s'ils avaient agi de mauvaise foi. (L. 2 et 4, C. *De litigiosis,* 8, 37; Maynz, *Cours de droit romain,* § 190.)

A côté de ces lois restrictives de la cession, il en existait une autre. Afin d'empêcher des spéculateurs avides d'acheter des créances à vil prix et pour mettre les débiteurs à l'abri des vexations auxquelles ce commerce les exposait souvent, l'empereur Anastase ordonna que le cessionnaire ne pourrait exiger du débiteur de la créance cédée une somme plus forte que celle qu'il avait payée pour prix de la cession, avec les intérêts, et que la différence entre le prix de la cession et la valeur nominale de la créance serait éteinte en faveur du débiteur. Cette loi fut confirmée et développée en plusieurs points par Justinien. (L. 22, 23, C. *Mandati vel contra,* 4, 35.)

1102. En **France**, la prohibition de la cession des droits litigieux tomba en désuétude, et la légalité de ces cessions fut admise par la jurisprudence. La loi d'Anastase fut observée, mais l'application en fut restreinte à la cession des créances litigieuses. Le Parlement de Paris avait introduit cette jurisprudence; plus tard elle devint générale; le code l'a adoptée.

Toutefois, nous devons faire remarquer que plusieurs auteurs français interprètent la loi d'Anastase même comme ne concer-

nant que la cession des créances litigieuses. (Pothier, nos 590, 591.) Le texte de la loi d'Anastase ne justifie pas cette interprétation.

B. *Notion d'un droit litigieux* (art. 1700).

1103. D'après les lois romaines, un droit était litigieux après la litiscontestation (fr. 1, § 1, D., *De litigiosis*, 44, 6). Cette définition n'était plus d'aucune utilité dans l'ancienne procédure française, qui différait essentiellement de la procédure romaine. La notion du droit litigieux était très douteuse et incertaine. Pothier, no 584, appelle créances litigieuses « celles qui sont con« testées ou peuvent l'être en tout ou en partie par le débiteur, « soit que le procès soit déjà commencé, soit qu'il ne le soit pas « encore, mais qu'il y ait lieu de l'appréhender. » D'autres jurisconsultes anciens ne considèrent comme *litigieuses* que les créances qui sont l'objet d'un litige actuel.

En l'absence d'une définition précise et légale, les juges décidaient sur chaque espèce si la créance cédée était litigieuse ou non; souvent, il y eut procès sur la question de savoir si la créance devait être réputée litigieuse, bien qu'il n'y eût encore eu aucun procès sur la créance avant la cession.

1104. Pour mettre un terme à ces incertitudes, les rédacteurs du code ont défini ce que c'est que la créance litigieuse. « La chose est litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit », dit l'article 1700. Aujourd'hui les jurisconsultes ont soulevé la question de savoir si la définition de l'article 1700 est limitative ou seulement énonciative. L'explication historique de cet article et ses termes indiquent qu'il est limitatif; autrement nous retomberions dans l'incertitude d'autrefois.

Ainsi, pour qu'un droit soit litigieux, il faut 1° qu'il y ait procès *et* contestation au moment de la passation de l'acte de cession. (Liége, 2 décembre 1863, P., 1865, 191; Cass. fr., 29 juillet 1868, D., 1868, 1, 374.) Une simple demande en payement, si le débiteur ne conteste pas la dette, ne rend pas la créance litigieuse, pas plus qu'une contestation purement extrajudiciaire ou une citation en conciliation devant le juge de paix ne la rendrait litigieuse; 2° que la contestation porte sur le *fond* du droit, c'est-

à-dire qu'elle rende incertaine l'existence même du droit. Ainsi, la créance n'est pas litigieuse si le débiteur n'oppose que des exceptions dilatoires, ou s'il conteste le mode d'exécution (Troplong, n[os] 986 et suiv.; cass. B., 7 février 1846, B. J., t. 4, 377; P., 1846, p. 157); ni s'il fait opposition à un jugement par défaut, pour des motifs d'incompétence, ou en demandant la *caution judicatum solvi*, sans conclure au fond. (Cass. fr., 27 avril 1875, D., 1877, 1, 444.)

Cette définition restrictive du droit litigieux ne doit pas être employée lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 1597 (*suprà*, n° 942).

C. *Effets de la cession d'un droit litigieux.*

1105. Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite (art. 1699). Ce droit s'appelle le *retrait litigieux*. L'article 1699 dit : « Celui *contre lequel* on a cédé un *droit* litigieux », etc. De là la question de savoir si cette disposition est applicable à la cession de *toutes espèces de droits litigieux,* soit mobiliers, soit immobiliers, ou seulement à la cession des créances. Elle s'applique à la cession de *toutes espèces* de droits; car l'article se sert du mot *droits* et non du mot *créances*. L'intitulé de ce chapitre prouve qu'il ne s'agit pas seulement de la cession de *créances,* mais aussi du transport d'autres droits incorporels. Enfin l'alinéa 3 de l'article 1701 prouve à l'évidence, par l'exception qu'il pose, qu'en règle générale le retrait est admis lorsque le droit cédé est relatif à un immeuble. (Troplong, n° 1001; Zachariæ, § 359 *quater,* note 8.)

1106. L'article 1699 dit : le prix *réel* de la cession. Ainsi, le débiteur n'est pas tenu de payer le prix porté dans l'acte du transport, si, en réalité, le cessionnaire a payé un prix *moindre.*

La question de savoir si c'était au débiteur de prouver que le cessionnaire n'avait pas payé le prix porté dans l'acte, ou au cessionnaire de prouver qu'il avait payé le prix qu'il demandait, était controversée sous l'ancien droit. Sous le code, il faut dire que c'est au débiteur de prouver que le cessionnaire n'a pas payé le

prix intégral de la créance, ou qu'il n'a pas payé le prix porté dans l'acte. Car le code ne défend pas au cessionnaire, comme le fait la loi 22, C., *Mandati*, 4, 35, d'intenter l'action pour la valeur intégrale de la créance. Le cessionnaire en a le droit; il n'a qu'à prouver le fait du transport. Mais alors la loi donne au débiteur le droit de se tenir quitte en payant le prix de la cession. Il peut opposer l'*exception* que le cessionnaire n'a pas payé la somme qu'il demande. Il doit prouver son exception. Il peut le faire par tous les moyens de preuve, même par témoins (arg. art. 1348 et *suprà*, n° 393).

1107. L'article 1699 est applicable si la cession a été faite en partie à titre onéreux et en partie à titre gratuit. Autrement il serait trop facile d'éluder la loi, et la clause de donation partielle deviendrait de style dans les actes de transport.

1108. Le retrait peut être exercé tant que le procès n'a pas été terminé. Il peut donc être proposé pour la première fois en appel. (*Contrà* : Paris, 15 juillet 1871, D., 1871, 2, 146; Cass. fr., 20 février et 10 décembre 1872, D., 1872, 1, 239; 1873, 1, 351, qui décident que le retrait doit être opposé *in limine litis*.)

Cependant il faut admettre que, l'introduction du retrait ayant aussi pour but d'éteindre le procès, les juges peuvent en rejeter la demande lorsqu'elle n'a été faite qu'au moment où le procès était sur le point d'être jugé, et où le débiteur en prévoyait le résultat. Car autrement le procès n'aurait pas été éteint par le retrait, le cessionnaire aurait fait toutes les diligences pour prouver la légitimité de sa créance, et le débiteur aurait eu le double avantage de soutenir la lutte jusqu'au dernier moment et de pouvoir encore exercer le retrait. (Pothier, n° 598; Troplong, n° 999; Bordeaux, 4 février 1874, D., 1875, 2, 211.)

D. *Des cas où le retrait litigieux cesse.*

1109. Le retrait litigieux cesse :

1° Dans le cas où la cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé. Cette exception a lieu pour faciliter le partage d'une communauté; et il était même nécessaire d'admettre la cession de droits litigieux, si l'on ne voulait pas rendre le partage impossible. C'est pourquoi les Romains permettaient,

dans cette hypothèse, l'aliénation et la cession des droits litigieux (l. 4, C. *De litigiosis*, 8, 37);

2° Lorsque la cession a été faite à un créancier en payement de ce qui lui est dû;

3° Lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux; par exemple : Paul vend un fonds à Pierre. Jean, créancier hypothécaire du vendeur, poursuit l'acquéreur en délaissement. Le vendeur, appelé en garantie, conteste la créance de Jean, laquelle devient litigieuse. Pierre, pour éviter les poursuites hypothécaires et la vente de son fonds, se rend cessionnaire de la créance pour un prix inférieur à sa valeur nominale. Paul, le vendeur, ne peut pas en exercer le retrait.

Dans ces deux derniers cas, la créance a été acquise par le cessionnaire plutôt pour conserver ses intérêts ou ses droits, que pour porter atteinte aux intérêts d'autrui.

Ces trois exceptions se trouvent déjà dans la loi 22, C. *Mandati*, 4, 35. Les circonstances prouvent que la cession n'a pas eu lieu dans un esprit de cupidité, et que le motif de la loi ne s'y applique pas (art. 1701).

1110. L'article 1701 n'est pas limitatif. Il faut encore ajouter comme exception le cas où la cession du droit litigieux a été faite à titre gratuit, car il n'y a pas de prix et le motif du retrait n'existe pas (l. 22, C., *Mandati*, 4, 35; Troplong, n° 1009). Il n'a pas lieu non plus lorsqu'une universalité a été cédée, et qu'il s'y trouve des créances litigieuses; par exemple une hérédité a été vendue, ou un commerce a été cédé avec tout son actif et son passif, ou une terre a été vendue avec toutes les créances de l'ancien propriétaire contre les fermiers, et ces ventes comprennent aussi des créances litigieuses. (Pothier, n° 595; Troplong, n° 1011.)

TITRE VII.

DE L'ÉCHANGE. (CODE CIVIL, ART. 1702-1707.)

I. NOTION (art. 1702-1703).

1111. En droit romain, l'échange est un contrat *réel,* qui n'est parfait que par l'exécution (*do ut des*). La *convention de faire un échange* (*pactum de permutando*) n'est qu'un simple pacte, qui ne produit aucune action. La définition du code est celle du droit romain; on dirait que l'échange est encore un contrat réel. L'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre, dit l'article 1702. Mais cette définition est détruite par l'article suivant, portant que l'échange s'opère par le *seul consentement*, de la même manière que la vente. Pour être plus exact, le législateur aurait dû dire : l'échange est un contrat *par lequel les parties s'engagent à donner*, au lieu de dire : *par lequel les parties se donnent.* Car, aujourd'hui, l'échange est un véritable contrat consensuel. C'est une conséquence du principe expliqué *suprà*, n° 7.

1112. L'échange diffère de la vente en ce qu'il n'y a pas de prix en *argent;* chaque partie s'oblige à donner à l'autre une *chose*.

Au reste, la question de savoir si un contrat est une vente ou un échange, a perdu aujourd'hui son importance, parce que presque toutes les règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent à l'échange (art. 1707).

L'échange d'une chose contre de l'or ou de l'argent, même monnayé, ne constitue pas toujours une vente; le contrat aurait la nature d'un véritable échange, si, par exemple, l'or ou l'argent n'avait pas été donné *comme monnaie*, mais au poids, ou pour sa valeur métallique.

Sur le cas où le prix consiste en partie en argent, en partie en une autre chose, voy. *suprà*, n° 959.

Le contrat d'échange ne perd pas sa nature propre lorsque l'un des contractants s'engage à payer à l'autre une *soulte* ou un *retour* en argent, pour combler la différence qui existe entre la valeur des deux choses.

II. EFFETS DU CONTRAT D'ÉCHANGE.

1113. En principe, les obligations du vendeur incombent à chacun des échangistes. Ainsi, chaque échangiste est tenu à la délivrance et à la garantie, et doit transférer à l'autre la propriété de la chose qu'il échange; on ne peut donc pas donner en échange la chose d'autrui. De là il suit que si l'un des copermutants a déjà reçu la chose à lui donnée en échange, et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être forcé à livrer celle qu'il a promise en contre-échange, mais seulement à rendre celle qu'il a reçue (art. 1704, 1184, 1599, 1653).

1114. Il résulte de l'obligation de garantie que le copermutant qui est évincé de la chose qu'il a reçue en échange peut demander des dommages et intérêts ou répéter sa chose. Conformément aux principes généraux, il peut aussi demander des dommages et intérêts dans le cas où il répète sa chose (art. 1705, 1147, 1184 et *suprà*, n° 106). (Duranton, n° 545.)

1115. Si la chose donnée par le copermutant qui a été évincé de celle qu'il a reçue est un immeuble, il peut intenter la demande en restitution aussi contre le tiers acquéreur. Quelques auteurs se prononcent pour l'opinion contraire, en se fondant sur la l. 4, C., *De rerum permutatione*, 4, 64. Leur opinion est juste en droit romain; car l'échangiste, étant devenu légitime propriétaire de la chose qu'il a reçue, en a légitimement transmis la propriété au tiers. La *condictio caussa data caussa non secuta*, que peut intenter celui qui a à se plaindre de l'inexécution de l'obligation à son égard est une action purement personnelle. Mais en droit français, la clause commissoire, toujours sous-entendue dans les contrats bilatéraux, exerce tous les effets de la condition résolutoire et opère révocation de la *propriété* même. (Duranton, n° 546; Troplong, *Échange*, n° 25.)

1116. La rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le

contrat d'échange (art. 1706). Le motif qui a fait admettre la rescision en faveur du vendeur n'est pas applicable aux échangistes. L'échange n'est pas le résultat de la détresse, puisque l'échangiste ne reçoit pas d'argent. D'ailleurs chacun des deux contractants est à la fois vendeur et acheteur, et par cela même que l'acheteur n'a pas l'action rescisoire, le copermutant ne peut pas l'avoir non plus. (Rapport au Tribunat, n° 6, Locré, XIV, 273.)

Les parties peuvent stipuler le réméré pour un terme n'excédant pas cinq ans. (Duranton, n° 548.)

FIN DU TOME TROISIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE III. — Des contrats ou des obligations conventionnelles en général.

